

**EDUARDO MARTINES JÚNIOR**

**EDUCAÇÃO, CIDADANIA E MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**O ARTIGO 205 DA CONSTITUIÇÃO E SUA ABRANGÊNCIA**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**SÃO PAULO – 2006**

**EDUARDO MARTINES JÚNIOR**

**EDUCAÇÃO, CIDADANIA E MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**O ARTIGO 205 DA CONSTITUIÇÃO E SUA ABRANGÊNCIA**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**SÃO PAULO – 2006**



**BDJur**

<http://bdjur.stj.gov.br>

---

## BANCA EXAMINADORA

---

---

---

---

---

*Dedico este trabalho à Maria Guiomar, Daniela e Rafael, que tanto me compreenderam e ajudaram, esperando que as horas subtraídas do convívio familiar sejam agora recompensadas.*

*Dedico também ao Ministério Público, Instituição que me permitiu aprender, crescer e colaborar na construção de um Brasil melhor.*

## **AGRADECIMENTOS**

À Professora Doutora Maria Garcia, alma lapidada e sabedoria digna dos seres humanos mais elevados, pela segurança na orientação e elegância no trato pessoal.

Ao Neto, amigo e colaborador, sem o qual não teria êxito nesta tarefa.

Aos servidores da Biblioteca do Ministério Público, pela colaboração emprestada.

## RESUMO

A *educação* deixou de ser objeto de estudo apenas da Ciência da Educação propriamente dita, para chegar com vigor aos domínios do Direito, repercutindo particularmente no campo do Direito Constitucional, como se pode verificar dos artigos 6º e 205 e seguintes da Constituição de 1988 que tratam desse relevante direito fundamental.

Esta tese pretende trazer uma contribuição ao estudo do tema *educação*, dentro do tradicionalismo constitucionalista. Para isso, baseia-se no exame da doutrina e da jurisprudência, dissecando os conceitos pertinentes à educação, à cidadania e ao Ministério Público, além dos direitos fundamentais. O estudo enfatiza o aspecto histórico, relevante para a construção dos institutos, trazendo dados atuais relativos ao tema proposto.

O considerável espaço dedicado à educação pela Constituição de 1988 é destacado, tendo o artigo 205 firmado o dever do Estado e da família para com ela, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. De fato, só a educação será capaz de permitir o exercício da cidadania, e só ela fará com que os brasileiros eliminem as gritantes desigualdades – das mais variadas ordens – que insistem em existir entre nós. Mas qual o significado do vocábulo Estado? Estaria a Constituição se referindo aos Poderes Legislativo e Executivo tão-somente? Este estudo busca dar amplitude maior a esse vocábulo e nele incluir o Ministério Público, ente estatal diferenciado, ao qual foram cometidas relevantes funções, dentre as quais se destacam a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados no Texto Maior, promovendo o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos difusos e coletivos. Assim, no exercício de suas funções, embora seja ente estatal, pode o Ministério Público se voltar contra o próprio Estado.

O direito à *educação*, base do pleno desenvolvimento do ser humano e condição para o exercício da cidadania, além da preparação para o trabalho, deve merecer especial atenção por parte do Ministério Público, quer o Federal, quer os Estaduais, cada qual na sua esfera de atribuições, mas voltados à efetivação desse fundamental direito.

## ABSTRACT

Education is not only an object of a particular science, but also an object of Law, specially in the field of Constitutional Law, once the 6º and 205 articles and followings of Constitution of 1988 deal with this relevant fundamental right. This thesis intends to contribute for the study of education inside the traditional Constitutional Law. Therefore it is based on the exam of the doctrine and jurisprudence, explaining the concepts related to education, citizenship and the District Attorney, besides the fundamental rights. Emphasizes the historical aspects, relevant to the construction of the concept bringing actual data related to the proposed theme.

Points out a remarkable right dedicated to education by the Constitution of 1988 in which 205 article declares that it is the duty of the State and the family, jointly with the contribution of society, to provide and encourage the education. In fact, only the education will be able to allow the exercise of citizenship, and only education will force the Brazilians exterminate the huge differences – of all kinds – that insist on existing among us. But what is the meaning of word State? Would the Constitution be referring to the Legislative and Executive Powers only? It intends to enlarge its meaning and include the District Attorney, specific state member, which has been given relevant duties, such as defence of law system, democratic regime, social and fundamental individual rights and also preserve the effective practice of the civil rights and guaranteed the same in the Constitution, promoting instruments in order to protect the social rights. So that, in spite of being a state member, the district attorney can act against the State in order to assure those rights.

The right of education, support of the development of human being and the exercise of citizenship, over and above the preparation for the work, deserves better attention from the District Attorney, either Federal or District, each one with its own function but both deeply concerned about this fundamental right.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1 A EDUCAÇÃO.....	26
1.1 Conceito e amplitude.....	26
1.2 Educação na Constituição de 1988 .....	47
1.3 Estado e educação .....	60
1.4 Família e educação.....	100
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO .....	129
2.1 Os direitos fundamentais.....	129
2.2 Regime constitucional dos direitos fundamentais.....	144
2.3 Normas constitucionais e sua eficácia .....	164
2.4 O direito fundamental à educação.....	171
3 A CIDADANIA .....	176
3.1 Conceito .....	176
3.2 A cidadania como princípio fundamental do Estado brasileiro – Do Império ao artigo 1º da Constituição de 1988.....	192
3.3 A cidadania na Constituição de 1988.....	212
4 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO .....	236
4.1 Educação e Federação .....	236
4.2 Divisão constitucional do sistema educacional brasileiro .....	249
4.2 Educação na Constituição Estadual paulista.....	255
5 MINISTÉRIO PÚBLICO E EDUCAÇÃO.....	258
5.1 Ministério Público e suas funções.....	258
5.2 Ministério Público como guardião da democracia e da efetividade dos	



direitos fundamentais .....	294
5.3 Tutela da cidadania e dos interesses sociais pelo Ministério Público.....	301
5.4 Ministério Público: o artigo 205 da Constituição e a defesa do direito à educação .....	322
CONCLUSÃO .....	346
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	359
ANEXO 1 – Parecer C.E.Su n. 977/65 .....	381
ANEXO 2 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – MANDADO DE SEGURANÇA N. 7.407/DF .....	405
ANEXO 3 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 436.996/SP .....	449

## INTRODUÇÃO

Há algum tempo o tema educação deixou de ser objeto de estudo de apenas uma ciência, saindo do campo da Educação propriamente dita, para chegar com vigor aos domínios do Direito. De fato, esse tema nunca foi objeto de grande número de estudos pelos juristas, que sempre o consideraram como afeto àquela específica área. Sempre estiveram mais preocupados com os ramos tradicionais do Direito, tais como o Direito Penal, Processual, Administrativo, dentre outros, além do Direito Constitucional, que para nós abriga, por enquanto, o Direito da Educação. Por enquanto, porque a complexidade da matéria e a necessidade de estabelecer postulados próprios fazem caminhar a passos largos esse incipiente ramo do Direito rumo à emancipação.

A educação é tão importante por quê?

O ser humano desenvolveu a inteligência e com isso pôde se diferenciar dos demais animais. Os racionais tornam-se diferentes dos irracionais, porque estes aprendem por tentativa e erro, cada qual praticando experiências, até verificar qual o melhor caminho a trilhar. Desse modo, se conseguir aprender antes de sucumbir, viverá e será premiado com a possibilidade de perpetuar seus genes na natureza.

A educação foi valorizada pelo ser humano, que deixou de aprender por experiência própria e passou a utilizar o conhecimento alheio e as experiências bem ou mal sucedidas de outros, para direcionar suas atividades. É possível ainda, juntar experiências de outros seres humanos para as utilizar. Não nos limitamos a isso. Aprendemos a aprimorar as experiências cada vez que as transmitimos. Temos pois não só a capacidade de amearhar conhecimentos dos demais indivíduos, mas também aprimorar, elevar e acrescentar nossa própria experiência, levando ao aperfeiçoamento do conhecimento. Conhecer é aprender, é aprimorar e, num momento seguinte, transmitir as experiências adquiridas. De forma mais ampla e



segundo John Dewey<sup>1</sup>, a educação é essencialmente um processo social, dado que a verdadeira experiência educativa abarca, sobretudo, a continuidade e a interação entre quem aprende e o que é aprendido.

Importa também conhecer, para desenvolver-se na sociedade contemporânea, hoje solidamente apoiada no conhecimento. A informação produz desenvolvimento, que traz uma vida melhor, não só para aqueles que detêm o conhecimento, a informação, mas principalmente para os menos afortunados, para quem a educação significa libertação da ignorância, da opressão e da pobreza. A educação, portanto, deve também significar compartilhamento do saber, sem excluir ninguém, e sob nenhum motivo, e ser enxergada como bem impossível de ser apropriado por um ou por alguns, senão por toda a sociedade, sem exceções. A disseminação do conhecimento deve ser total e não sujeita a restrições ou condições, ainda que se tolere a propriedade intelectual por determinado período de tempo, mas nunca eternamente, porque os seres humanos têm o direito inalienável de conhecer e usufruir do desenvolvimento e do progresso.

O mundo precisa enfrentar os desafios que lhe são constantemente colocados. É preciso produzir a experiência em laboratório, pesquisar, ir atrás dos fatos, antecipando-se a eles no mundo fenomênico, tanto quanto possível. Para isso, a educação deve significar pesquisa. O atual estágio de desenvolvimento da tecnologia impõe formar indivíduos qualificados, para dominá-la e colocá-la a serviço da sociedade. Mas não é suficiente apreender o conhecimento transmitido e contentar-se com ele. É muito mais importante aprender a aprender, porque mesmo depois de encerrado o ciclo formal de estudos, o indivíduo poderá se desenvolver constantemente. A transmissão contínua do conhecimento faz parte do interesse do ser humano. Sempre foi, mas hoje é fundamental, antecipar-se aos fatos, pois a velocidade das comunicações obriga à tomada de decisões quase imediatas.

---

<sup>1</sup> DEWEY, John. *Experiência e educação*. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1979. p. 54.

É preciso, todavia, separar os conceitos de educação do mero ensino, relevante também, mas distinto daquele. Émile Durkheim conceitua: “A educação é a ação exercida, pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destine”<sup>2</sup>. Entendemos que a educação pode ser inicialmente conceituada como um processo que tem por escopo preparar as novas gerações para substituírem as adultas que se retiram das funções ativas da sociedade, permitindo a conservação, o aprimoramento e a transmissão de toda a cultura, conjunto de valores e formas comportamentais adequadas à vida social. Esse aproveitamento da experiência anterior não se limita apenas àquilo que se ensina e se aprende nos bancos escolares. Vai muito além e incorpora valores socialmente relevantes para cada sociedade, aprimorando os existentes.

Em realidade, todos esses fatores são igualmente importantes, levando-nos ao alinhamento com a crítica de John Dewey à oposição “(...) entre a idéia de que educação é desenvolvimento de dentro para fora e a de que é formação de fora para dentro; a de que se baseia nos dotes naturais e a de que é um processo de vencer inclinações naturais e substituí-las por hábitos adquiridos sob pressão externa”<sup>3</sup>. O educando recebe a influência externa, a transforma, aprimora e também a devolve ao meio social, sendo a um só tempo transformado e agente de transformação. Não cremos correto dizer que o educando atua apenas passivamente, tão-só recebendo influências. Portanto, a transmissão do conhecimento é parte do processo educacional, mas não a própria educação.

Desse modo, também é possível afirmar que a educação não se circunscreve à relação professor-aluno-escola, mas igualmente não prescinde de professores cada vez mais capacitados. Essa capacitação passa pelo ensinar a aprender. Educação tem

---

<sup>2</sup> DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. 11. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978. p. 41.

significado mais amplo do que a mera transmissão de conhecimento. Todavia, a velocidade de um mundo sem fronteiras, e que vive em tempo real nos seus quatro cantos, torna a simples transmissão do conhecimento inadequada e insuficiente. É mister ensinar a aprender. O desafio está em conseguir fazer isso.

A importância da educação para o ser humano e sua vida em sociedade justifica ter o Direito alçado à elevada categoria dos direitos fundamentais, tal como positivado na Constituição de 1988, a exemplo do que outras já fizeram. Segundo o artigo 205 da Lei Maior, “a educação é direito de todos e dever do *Estado* e da família”. A isso se soma outra disposição do mesmo status, segundo a qual “é dever da família, da sociedade e do *Estado* assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação”, como quer a norma do artigo 227 da Constituição. Mas a simples declaração não basta. É preciso concretizar o direito fundamental de segunda geração à educação. É mister buscar uma nova visão interpretativa, superando aquela que dava aos direitos sociais, tais como a educação, saúde, trabalho, dentre outros, uma eficácia limitada, meramente programática e, portanto, sujeita à decisão exclusiva do Poder Público para implementá-los, sem deixar de considerar que a escassez de recursos é condicionante altamente relevante, mas não suficiente para obstar a prestação positiva, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Este trabalho pretende trazer uma contribuição ao estudo do tema *educação*, ainda dentro do tradicionalismo constitucionalista, ressaltando a natureza do direito à educação como direito fundamental individual ou coletivo, sem deixar de ser um direito social, como quer a doutrina e a própria letra da Carta Política, no artigo 6º. Essa visão traz consequências relevantes na aplicação e defesa do direito à educação, porquanto a norma deixa de ser apenas um vetor para o legislador ou administrador, para transmutar-se em direito fundamental de aplicabilidade e eficácia imediatas. Pela mesma razão, há de se pensar no direito à educação como

---

<sup>3</sup> DEWEY, John, *Experiência e educação*, p. 3.

cláusula pétrea, insuscetível portanto de alteração que tenda a abolir ou mesmo restringir esse direito.

Além disso, cremos necessário *atribuir* um significado ao vocábulo *Estado*, relativamente à educação, utilizado tanto no artigo 205 quanto no artigo 227 da Constituição, além de outras disposições da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, entendemos ser preciso repetir a indagação de Maria Garcia, ao prefaciар obra de Maria Paula Dallari Bucci: “O que é Estado?”<sup>4</sup>. Poderíamos responder citando Antonio de Sampaio Dória, para quem “o estado é a organização da soberania de um povo em dado território, uma hierarquização de órgãos para o exercício do poder público”<sup>5</sup>. Ou ainda Dalmo de Abreu Dallari: “A ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”<sup>6</sup>. De fato, também possível responder com o conceito de Estado elaborado por outros juristas, a exemplo de Reis Friede<sup>7</sup>, mas a questão focada neste estudo é mais específica. O *Estado* a que se refere a Constituição diz respeito aos Poderes Legislativo e Executivo tão-somente? Como diz Celso Ribeiro Bastos: “Algumas vezes a palavra *Estado* é utilizada para designar, tão-somente, o conjunto dos governantes mais o seu aparato organizacional, Assim, identificamos o Estado com os Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário”<sup>8</sup>. Ou por outra, abrangeria o Ministério Público, certamente ente estatal, dotado de regime constitucional diferenciado e, bem por isso, órgão adequado para lutar pela concretização do fundamental direito à educação? Notamos que a prioridade constitucional estabelecida para o direito à educação, se foi assumida pelo Legislativo e Executivo, ainda carece de maior cobrança, pois os resultados obtidos na área educacional estão distantes de sinalizar

---

<sup>4</sup> GARCIA, Maria. Prefácio. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XXX.

<sup>5</sup> DÓRIA, Antonio de Sampaio. *Os direitos do homem*. São Paulo: Nacional, 1942. p. 88.

<sup>6</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

<sup>7</sup> FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 115.

o atingimento dos objetivos. Portanto, mostra-se salutar que o dever do Estado para com a educação seja assumido também pelo Ministério Público, que deve cumprir sua importante missão constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição.

Decidimos por lastrear o trabalho no exame da doutrina e da jurisprudência, dissecando os conceitos pertinentes tanto da educação, quanto da cidadania e do Ministério Público, além dos direitos fundamentais. Também deve ser dito que enfatizamos o aspecto histórico, por compreender relevante à construção dos institutos, desde a origem até os dias atuais, facilitando a compreensão do todo. Além disso, procuramos trazer dados atuais relativos ao tema proposto, não só extraídos de sítios na *web*, como em jornais e revistas, completando o estudo doutrinário e jurisprudencial. Entendemos pertinente deixar os limites da doutrina jurídica, ingressando superficialmente na seara própria da Pedagogia e buscando mostrar, por outro lado, como a sociedade vem pensando a educação nos dias de hoje. Aliás, a própria Constituição Federal dispõe que a educação será realizada com a colaboração da sociedade. Desse modo, trazemos artigos jornalísticos assinados e editoriais, com o fito de indicar o sentimento atual sobre a educação. Com isso, cremos poder examinar a importância da educação sob os prismas histórico, conceitual e atual, bem como sua importância na construção da cidadania, além do papel do Ministério Público nessa árdua tarefa.

A Constituição de 1988 dedicou considerável espaço à educação, à evidência, representando a necessidade de educar nosso povo, para atingir pleno desenvolvimento. Só a educação será capaz de permitir o exercício da cidadania, e só ela fará com que os brasileiros eliminem as gritantes desigualdades, das mais variadas ordens, que insistem existir. As desigualdades econômicas, sociais, intelectuais, raciais, entre sexos, enfim, qualquer delas, poderão ser enfrentadas e

---

<sup>8</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva,

vencidas, se conseguirmos levar a educação a todos os brasileiros. Por volta dos anos 30 do século passado, Georges Ripert criticava as diferenças sociais da França, podendo suas observações serem transportadas ao Brasil atual sem dificuldades:

“Entretanto, uma sociedade mais ativa vê todos os dias acentuarem-se as desigualdades nas condições materiais da vida ou, pelo menos, tornarem-se mais aparentes. A intensa produção das riquezas e o desenvolvimento do luxo criam desigualdades de fato, mais duras que as desigualdades de direito. É possível que haja presentemente maiores diferenças nas condições da vida material entre os potentados das finanças e os operários, que as de outrora entre o castelão e o camponês.”<sup>9</sup>

A ignorância aprisiona o ser humano nas trevas da pobreza e do preconceito. A educação, ao contrário, liberta. Leva o ser humano não só a viver, mas fazê-lo com dignidade. Essa libertação tem o sentido de emancipação para Theodor Adorno, que criticou aquilo que chamou de *modelagem de pessoas*, é dizer, adequá-las àquilo que julgamos o correto a partir de modelo preconcebido. Igualmente, criticou o conceito de educação baseado na simples transmissão do conhecimento, afirmando crer numa “produção de uma consciência verdadeira”.<sup>10</sup>

Também entendemos que a educação não pode ser vista como a solução mágica para os graves problemas sociais brasileiros, senão como um importante fator de superação das dificuldades, em busca do completo desenvolvimento de nosso povo.

A estrutura estatal é sempre complexa e no caso brasileiro não é diferente. Um emaranhado de normas constitucionais e infraconstitucionais rege nossas ações neste território, confundindo-se em leis federais, estaduais e municipais, normas gerais e específicas, portarias e resoluções, exigindo a exata compreensão de todo o sistema para a aplicação e exigência dos direitos. O estudo da forma federativa de

---

1999. p. 34.

<sup>9</sup> RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 38.



Estado é imprescindível nesse contexto, levando à compreensão de quais normas pode ou não o Governo Federal expedir, e se elas estão baseadas nas normas gerais autorizadas pela Constituição. E, quanto aos Estados, podem eles expedir normas e que obriguem a quem? Não é possível esquecer que os Municípios são entes federativos (art. 1º da Constituição) e podem instituir seus sistemas de ensino próprios, como permite a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Mas não basta só isso. É necessário esmiuçar o conteúdo das disposições constitucionais relacionadas ao direito à educação. É preciso que o cidadão, ou ainda, o indivíduo, seja conhecedor ou, pelo menos, tenha capacidade de conhecer os direitos assegurados pela Carta Política, pertinentes à educação. É aí que começaremos dar o passo necessário para o caminho do desenvolvimento – econômico, social e intelectual – libertando o ser humano das amarras da ignorância. Ensinando a aprender, aprendendo a conhecer, revelando direitos, permitiremos que o povo exerça a cidadania e vele pelo Estado Democrático de Direito. Esse o ideal a ser atingido: o pleno exercício da cidadania pelo seu titular – o povo – sem necessidade de intermediários. Essa condição somente se alcança com a educação, experiência vivenciada por países que resolveram investir maciçamente no desenvolvimento educacional, tais como a Espanha, o Chile, a Irlanda ou a Coreia do Sul, atualmente já colhendo bons frutos com a opção política que fizeram. Com efeito, é do conhecimento geral que esses países, assim como outros que optaram por direcionar seus esforços para a educação, hoje alcançam níveis sócio-econômico-culturais muito mais altos, se comparados com outros que ainda não se deram conta dos benefícios alcançados em prazos relativamente curtos.

O atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, ainda não atingiu o ponto desejado por aqueles que direcionaram seus esforços em favor da educação. De maneira geral, é possível afirmar, sem receio de errar, que temos encontrado barreiras à emancipação cultural de nosso povo, sobretudo os mais

---

<sup>10</sup> ADORNO, Theodor Wiesengrund. *Educação e emancipação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra,

humildes, com nítidos reflexos no desenvolvimento econômico e social. A simples constatação da existência de 13% de analfabetos na população brasileira, valor que passa a 27% na Região Nordeste, permite afirmar uma intuitiva e direta relação entre o analfabetismo e a pobreza, exigindo atuação pró-ativa do Estado, quer representado pelo Poder Público Federal, Estadual ou Municipal. Os dados mencionados são do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e são parte de matéria disponibilizada em seu sítio, que complementa:

“Em função das grandes diferenças regionais das taxas de analfabetismo, o quesito ‘sabe ler e escrever’ é perguntado a todos, pois se trata-se (*sic*) uma informação básica para o País que ainda conta com cerca de 13% de analfabetos de 15 anos ou mais, sendo que na Região Nordeste esta taxa é de aproximadamente 27%. Vale acrescentar a importância de que as taxas de analfabetismo sejam conhecidas nos menores níveis geográficos para implementação de políticas de combate ao analfabetismo.”<sup>11</sup>

A elevada e lamentável taxa de analfabetismo não é, contudo, nossa única deficiência na área da educação, ainda que esteja em declínio nos anos posteriores a 2000<sup>12</sup>, pois as dificuldades de acesso ao ensino superior são reveladas em números incontestáveis, contribuindo decisivamente para o atraso educacional, gerador de outras tantas agruras e obstrutivo do progresso social, como verificado pela UNESCO, por ocasião da Conferência Mundial do Ensino Superior – Tendências da Educação Superior para o Século XXI, realizada em Paris, de 5 a 9 de outubro de 1998. Com efeito, afirmou-se que “a educação superior tem dado ampla prova de sua viabilidade no decorrer dos séculos e de sua habilidade para se transformar e induzir mudanças e progressos na sociedade”<sup>13</sup>. Esse importante documento revela que a educação superior vem sendo cobrada a cada dia, impondo-se-lhe a necessidade de mudar e renovar, saltando a crise de valores que atinge a sociedade

---

2003. p. 141.

<sup>11</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Considerações sobre alguns aspectos do conteúdo dos questionários do Censo Demográfico de 2000*. Disponível em: <[www.ibge.gov.br/censo/questionarios](http://www.ibge.gov.br/censo/questionarios)>. Acesso em: 1º nov. 2005.

<sup>12</sup> Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2001, a taxa de analfabetismo foi de 12,4% da população com mais de 15 anos, 11,8% em 2002 e, finalmente, 11,6% em 2003. (Disponível em: <[www.ibge.gov.br/brasil\\_em\\_sintese/default.htm](http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm)>. Acesso em: 7 nov. 2005).

contemporânea, para incorporar dimensões fundamentais, como a moralidade e a espiritualidade, superando os aspectos meramente econômicos que o direcionam, ao menos em grande parte. Afirma ainda o preâmbulo da Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI: Visão e Ação: “Devido ao escopo e ritmo destas transformações, a sociedade tende paulatinamente a transformar-se em uma *sociedade do conhecimento*, de modo que a educação superior e a pesquisa atuam agora como componentes essenciais do desenvolvimento cultural e socioeconômico de indivíduos, comunidades e nações.”<sup>14</sup>

Necessário ainda que o Brasil assegure o ingresso de seus jovens na educação superior, não só para atender ao dever imposto ao Estado no inciso V do artigo 208 da Constituição, mas também para levar nossa sociedade à transformação reclamada e referida acima. Nesse sentido, já o Plano Nacional de Educação, lei de edição obrigatória exigida no artigo 214 da Carta Política, e que foi publicada em 9 de janeiro de 2001, sob o n. 10.172, traz sombrio diagnóstico e merece especial atenção: “No conjunto da América Latina, o Brasil apresenta um dos índices mais baixos de acesso à educação superior, mesmo quando se leva em consideração o setor privado. Assim, a porcentagem de matriculados na educação superior brasileira em relação à população de 18 a 24 anos é de menos de 12%, comparando-se desfavoravelmente com os índices de outros países do continente.”

Hoje se sabe que essa taxa, em realidade, é menor, mas ainda muito inferior à Argentina, que conta com 40% dessa mesma faixa etária matriculada no ensino superior, ou o Chile, com 20,6%, a Venezuela, com 26%, e a Bolívia, com 20,6%, segundo consta da Lei n. 10.172/2001. São dados reveladores da necessidade do Brasil investir na educação – de modo geral – e na educação superior, de maneira especial. O Plano Nacional de Educação estabeleceu como meta: “1. Prover, até o final da década, a oferta de educação superior para, pelo menos, 30% da faixa etária de 18 a 24 anos”, revelando que esforços adicionais terão de ser feitos para dar

---

<sup>13</sup> DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. 5. ed. São Paulo: Cortes; Brasília: UNESCO, 2001. p. 20.

cumprimento ao disposto em lei, podendo aí se vislumbrar a necessidade de outros fatores que não a vontade política dos governos, pois essa nem sempre prioriza as ações absolutamente necessárias, mas que, como no caso da educação, somente geram frutos no futuro. Esse direcionamento dos esforços pode ser aquilatado, ainda que de modo superficial, dado que esse não é o escopo do trabalho, por estatísticas publicadas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira e compiladas por Ivan Castro de Almeida<sup>15</sup>, podendo-se notar que a alocação de recursos na educação – em termos nacionais – não vem atendendo aos anseios dos especialistas. Além disso, a própria mensuração desses números é bastante difícil, não só pela precariedade dos sistemas de acompanhamento das contas públicas, mas também pela inserção de gastos que, a rigor, não são em educação. Obviamente que não estamos falando de um mero acompanhamento de gasto burocrático e com finalidade em si mesmo. Falamos de dados vitais para a formulação de políticas públicas responsáveis e racionais pelos gestores da educação pública, do dimensionamento de redes estaduais e municipais de ensino básico, apenas a título exemplificativo. Portanto, é necessário um acompanhamento eficaz e que represente a realidade dos gastos. Sobre tais dificuldades, particularmente em relação aos governos estaduais e municipais, Ivan Castro de Almeida afirma que esses entes federativos não detalhavam suas contas, como o Governo Federal, obrigando à aceitação da classificação contábil feita por eles, ainda que seja certo que tais classificações, em relação às despesas por funções e programas, não têm uma única diretriz ou interpretação em caráter nacional. E termina, dizendo que “embora tais registros não modifiquem os resultados totais da área, podem levar a distorções na análise das despesas por nível de ensino”<sup>16</sup>. De toda forma, foi possível chegar-se ao total de gastos com a educação, nos distintos níveis governamentais, que montaram a 4,2% do produto interno bruto (PIB) em 1999, pouco acima dos 4% observados até o ano de 1997. O mesmo trabalho de Ivan Castro de Almeida aponta que a média dos países-membros da Organização

---

<sup>14</sup> DELORS, Jacques, *Educação: um tesouro a descobrir*, p. 20.

<sup>15</sup> ALMEIDA, Ivan Castro de. Gastos com educação no período de 1994 a 1999, p. 137-150. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, INEP, v. 82, n. 200/201/202, jan./dez. 2001.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 139.



para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no mesmo período, era de 5,2% do PIB, com 5,7% para Portugal, 4,8% para o Paraguai, 4,5% para a Argentina, 4,4% para o México e 4,2% para o Chile, ou 5,2% para os Estados Unidos e 5% para a Austrália<sup>17</sup>. Como se nota, o Brasil ainda está muito aquém do gasto público médio dos países da OCDE, abaixo inclusive de nossos vizinhos latino-americanos.

As dificuldades da exata mensuração do gasto com educação no Brasil ficou desnudada pela abalizada palavra do próprio Ministro da Educação, pois para ele o país investe “menos do que 4%” do PIB em educação, contradizendo as estatísticas dos últimos anos e preconizando a elevação dos dispêndios para pelo menos 6% do PIB (percentual recomendado pela UNESCO) durante os próximos 20 anos, para só assim resolver seus problemas educacionais. Kennedy Alencar diz que “ao afirmar que o Brasil gastava menos do que 4% do PIB em educação, Haddad se referia a cálculos que serão divulgados em breve por sua pasta”. Por fim, reafirmou aquilo que Ivan Castro de Almeida suspeitava, pois “segundo ele, gastos em outras áreas, como saúde, são contabilizados como despesas em educação”.<sup>18</sup>

A educação deve ser considerada ainda como sustentáculo dos direitos humanos, desde aqueles conhecidos como de primeira geração, passando pelos chamados direitos sociais, e agora mais recentemente alcançando os de terceira geração, incluindo a democracia e o desenvolvimento sustentável, e até a paz, merecendo especial atenção por parte da família, da sociedade e do Estado, nesse caso por qualquer de seus vários organismos. Com efeito, o Estado de forma geral, mas particularmente o brasileiro da Constituição de 1988, subdividido em poderes e múltiplos órgãos e instituições, distintos e com atuação autônoma, não raras vezes conflitantes entre si, acaba por ser não só o responsável direto pela garantia dos direitos humanos, mas também seu maior cobrador. Assim é que a educação pública garantida pelo Estado (União, Estados/DF e Municípios), cada qual atuando

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 148.

<sup>18</sup> ALENCAR, Kennedy, País investe na educação menos do que anuncia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 out. 2005. Folha Cotidiano, p. C 4.



predominantemente num dos níveis educacionais (respectivamente superior, médio, fundamental e infantil), ainda é nitidamente o de maior cobertura do vasto território nacional, sem prejuízo da destacada atuação privada, cada vez mais assumindo maior número de alunos. Obviamente que, ao lado da atividade fim de oferecimento da educação propriamente dita, merece relevo a atuação normatizadora e fiscalizadora exercida pelo Estado, igualmente nas três esferas políticas, ampliando sobremaneira seu papel quanto à garantia desse fundamental direito do ser humano.

A presença do Estado na educação, seja em qualquer dos seus níveis, aumentou significativamente após o advento da Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996, que instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, chamado FUNDEF. Esse fundo, de natureza meramente contábil e com duração certa de dez anos, reúne recursos numa cesta e os divide proporcionalmente entre Estados e Municípios, em função do número de alunos matriculados no ensino fundamental, com obrigatoriedade de utilização de pelo menos 60% do total em pagamento dos professores em efetivo exercício no magistério. Com isso, Estados e Municípios que tinham menos recursos que os exigidos proporcionalmente ao número de alunos, passaram a receber complementação, de modo que houve equalização dos gastos com educação no país, propiciando a obtenção de positivos resultados.

Com o fim do FUNDEF, que se avizinha, necessário que outro venha a substituí-lo, desta feita levando em consideração a disposição constitucional do inciso II do artigo 208, *in verbis*: progressiva universalização do ensino médio gratuito, obviamente sem menosprezar o ensino fundamental obrigatório e gratuito (inc. I), bem como o comando do inciso IV: “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”. Aliás, o entendimento de que a educação infantil é direito e sua oferta pelo Poder Público, sobretudo o Municipal, dever imposto pela Constituição, vem estampado em julgado do Supremo Tribunal

Federal, que deu provimento a recurso extraordinário do Ministério Público do Estado de São Paulo.<sup>19</sup>

Portanto, o novo fundo a ser instituído deve contemplar toda a educação básica – educação infantil, fundamental e média – para, somente assim, permitir atender à norma constitucional que veicula o direito a educação. Esse novo fundo, cuja proposta está tramitando na Câmara dos Deputados (Proposta de Emenda à Constituição n. 415, de 2005) e cria o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, igualmente de natureza contábil, e que prevê a participação dos Estados e Municípios, além da União. Pretende-se universalizar a educação básica, começando-se pela criança de zero ano, para chegar aos jovens e permitir que possam cursar o ensino médio, obviamente criando maior demanda pelo ensino superior.

Por outro lado, cumpre ressaltar que nem sempre o Estado, a família e a sociedade cumprem seus papéis em relação a educação, obrigando a que um ou outro exijam seus direitos das mais variadas formas, como pressões políticas, ou mesmo em juízo. Nesse último caso, as dificuldades são significativas e conhecidas, dadas as características do processo individual e do próprio Poder Judiciário, exigindo recursos de ordem financeira, para ficar apenas com essa dificuldade, nem sempre disponíveis, sobretudo nas hipóteses em que um indeterminável número de pessoas humildes são os diretamente interessados. Essa patente dificuldade teve de ser vencida, e ultrapassaram-se as barreiras do tradicionalismo processual para ingressar na era da defesa de direitos coletivos.

No sentido da busca da eficiência e eficácia da defesa de direitos da sociedade como um todo está a edição da Lei n. 7.347/85, que representou notável contribuição para a modernização processual, de maneira geral, e da atuação do

---

<sup>19</sup> STF – RE n. 436.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 7.11.2005.



Ministério Público, de forma particular, chegando mesmo a consolidar uma nova face e forma de atuação ministerial. É possível afirmar, sem medo de errar, que o crescimento institucional na Constituição vigente decorreu, em grande parte, por firme atuação na defesa dos interesses difusos. É evidente que a atuação na seara criminal não deixou de ser importante, parecendo-nos que ainda conserva o *status* da prioridade institucional, todavia o Ministério Público vem sendo reconhecido pela sociedade muito mais em função da defesa dos direitos difusos e coletivos, provavelmente auxiliado pela ação civil pública, esse poderoso instrumento que precisa ser eficientemente utilizado na defesa de direitos recentemente sistematizados.

O desenvolvimento da doutrina relativa aos direitos difusos e coletivos, bem como da ação civil pública, está ainda em construção, o mesmo acontecendo na jurisprudência. É importante que os doutrinadores se debrucem sobre o tema, para permitir ao Judiciário como um todo, mas, sobretudo aos Tribunais, que compreendam melhor a atuação do Ministério Público, agora muito mais firme, fundada que está na Constituição. Na defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio público, por exemplo, o avanço e modernização são visíveis e inquestionáveis. Todavia, não somente esses direitos difusos podem ou devem ser tutelados pelo Ministério Público. Isso tudo nos leva a concordar com a atualíssima advertência de Georges Ripert: “‘As leis fazem-se com o tempo – escrevia Portalis no *Discurso preliminar* – falando com propriedade, não são feitas por nós’. Tratava-se então de explicar um regresso à legislação antiga com desprezo das conquistas revolucionárias. As idéias mudaram. Hoje diríamos: não temos tempo de esperar a lenta formação do direito pelo uso, queremos forjar nós próprios, e imediatamente, o direito de nosso tempo.”<sup>20</sup>

O direito à educação, base do pleno desenvolvimento do ser humano e condição para o exercício da cidadania, além da preparação para o trabalho, deve merecer atenção especial por parte do Ministério Público, quer o Federal, quer os



Estaduais, cada qual na sua esfera de atribuições, mas voltados à efetivação desse fundamental direito do ser humano. Nesse sentido, a atual conformação constitucional do Ministério Público, inserido em capítulo próprio do Título IV (Da Organização dos Poderes) e desvinculado administrativamente do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, com regime próprio e ao menos equivalente aos demais tradicionais Poderes, no que concerne às garantias institucionais e funcionais de seus membros, é o mais adequado agente estatal a tutelar o fundamental direito aqui tratado, com a relevância dada pela Constituição, ao dispor no artigo 6º, e depois nos artigos 205 e seguintes, o tema *educação*.

---

<sup>20</sup> RIPERT, Georges, *O regime democrático e o direito civil moderno*, p. 38.

# 1 A EDUCAÇÃO

## 1.1 Conceito e amplitude

Ao compararmos recém-nascidos de espécies diferentes, notaremos que a maioria dos animais, pouco mais ou pouco menos, conseguem sobreviver com muito menor ajuda dos pais que os humanos. A impressão primeira nos leva a creditar certa fragilidade do ser humano, despreparado para a sobrevivência num mundo carregado de perigos, o que não deixa de ser verdadeiro. Com efeito, a natureza foi econômica para o homem, em relação aos instintos, sendo, ao contrário, pródiga para os animais. Todavia, aquilo que parece ser fator de dificuldade para o ser humano foi transformado, com o passar dos tempos, em necessidade de aprendizado e sua contínua transferência, geração após geração, chegando mesmo a ser o mais relevante fator de sobrevivência da nossa espécie.

Os seres humanos têm a característica fundamental de transmitir seus conhecimentos aos mais novos, quer de pessoa para pessoa, quer de geração para geração, de forma empírica em alguns casos e sistematizada em outros, representando apenas seus próprios conhecimentos em alguns casos, ou sendo um conjunto de saberes de uma civilização, na maioria deles. Essa transmissão traduz-se em instrumento fundamental para a geração da cultura e das próprias civilizações, permitindo que as agruras do meio ambiente fossem paulatinamente vencidas, com conquistas demoradas, mas seguras e transmitidas para os mais jovens.

Ensina Émile Durkheim que “a influência das coisas sobre os homens, já pelos processos, já pelos resultados, é diversa daquela que provém dos próprios homens; e a ação dos membros de uma mesma geração, uns sobre outros, difere da que os adultos exercem sobre as crianças e adolescentes. É unicamente esta última



que aqui nos interessa e, por conseqüência, é para ela que convém reservar o nome de educação”.<sup>21</sup>

Para esse autor, a educação possui características básicas, a saber: para que haja educação é necessária a existência de uma geração adulta e uma outra geração de indivíduos jovens. Além disso, a geração adulta deve exercer uma ação em relação à geração mais jovem. Essa ação vem sendo exercida de modo a buscar uma certa homogeneidade entre seus membros, permitindo a vida em sociedade. É com a ação educativa que nossos jovens recebem esses conteúdos mínimos exigidos pela vida coletiva.<sup>22</sup>

A educação, segue ele, não é outra coisa para a sociedade, “senão o meio pelo qual ela prepara, no íntimo das crianças, as condições essenciais da própria existência”<sup>23</sup>. Esse foco na educação infantil hoje está, de certa forma, ultrapassado, na medida que existe todo um esforço para a educação dos adultos, aí considerada não só a educação escolar, mas também os diversos mecanismos com que se procura levar o conhecimento dos direitos do cidadão a toda a população, independentemente da idade. Com efeito, é sabido que o exercício da cidadania é condição *sine qua non* para o desenvolvimento da sociedade.

Como afirmamos na introdução deste trabalho, a educação só pode ser entendida como processo que tem por escopo preparar as novas gerações para substituírem as adultas que se retiram das funções ativas da sociedade, inclusive pela ação do tempo, permitindo a conservação, o aprimoramento e a transmissão de toda a cultura, esse conjunto de valores e formas comportamentais adequados à vida social.

---

<sup>21</sup> DURKHEIM, Émile, *Educação e sociologia*, p. 33.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 41.

Assim é que a educação deve preparar os indivíduos não apenas para repetir as ações bem sucedidas de seus antepassados, ou evitar as mal sucedidas. Antes, educar significa preparar para agir conscientemente, frente às já conhecidas e às novas situações que podem exigir soluções inovadoras ou até mesmo inéditas, sobretudo se considerarmos a velocidade com que circulam as informações atualmente, que nos exigem novas e cada vez mais complexas soluções, frente aos problemas. O mundo contemporâneo exige o afastamento da aplicação das antigas *receitas*, pois o contínuo e rápido desenvolvimento social exige a capacidade de se colocar frente às novas problemáticas, de modo que a solução apresentada seja eficaz e eficiente, quer considerando o próprio indivíduo, quer a sociedade como um todo.

Evidentemente não se pode deixar de considerar as experiências anteriores, já que a educação é um processo cumulativo, em que os esforços realizados anteriormente devem auxiliar na solução das demandas atuais, obviamente em proveito da eficiência, por permitir rapidez na resposta, bem como da eficácia, porquanto o aproveitamento das experiências passadas certamente indicará o melhor caminho a seguir, ou aquele com maior probabilidade de acerto. Esse aproveitamento de experiências passadas não é apenas a do próprio indivíduo, mas contempla toda gama de esforços já despendidos por um outro indivíduo, ou mesmo pelas sociedades, considerando os diversos momentos históricos.

Com certeza o aproveitamento das experiências garantirá ainda a continuidade da transmissão da cultura, sem prejuízo das gerações vindouras receberem-na independentemente das experiências tomadas individualmente ou de sua aplicação prática imediata. A cultura humana vem sendo transmitida de uma para outra geração desde a pré-história; isso se pode observar nas inscrições encontradas em cavernas ou outros sítios arqueológicos, revelando a preocupação de nossos ancestrais com a educação das gerações vindouras, ainda que de forma incipiente. Também merece relevo que as gerações receptoras da cultura não o

fazem de maneira passiva, pois sempre acrescentam novos componentes, depurados e enriquecidos com as influências da sociedade sua contemporânea, agregando valores à herança cultural dos antepassados.

Ainda cremos ser fundamental que, nesse processo educacional, o indivíduo seja considerado de acordo com a própria realidade, seja social ou pessoal, de modo que as peculiaridades de cada um sejam consideradas no processo educacional, permitindo que as diferenças sejam respeitadas e tomadas em conta para melhor atender aos anseios de todos, não para torná-los iguais, e sim para atender às suas necessidades, em harmonia com o meio que integra. A título de ilustração, citamos as disposições contidas no inciso I do artigo 206, bem como inciso III, V, VI e VII do artigo 208, ambos da Constituição, como norteadores da obrigação do Estado respeitar as condições de cada indivíduo, por ocasião da concretização da educação. Possível afirmar, ainda nesse particular, que a educação deve ser vista por ângulos distintos, embora imbricados: um primeiro, o da realidade de cada indivíduo e sua inserção no meio social; quanto ao segundo, pode-se dizer que a educação deverá considerar as necessidades de cada indivíduo, bem como da sociedade com um todo em harmonia, tudo a permitir que realidade e necessidade se ajustem em benefício de todos, quer individualmente considerados, quer como o todo organizado em sociedade.

Consideramos importante que o processo educacional permita que cada um seja tomado em relação aos demais indivíduos e à sociedade como um membro integrante e indissociável, incluído espiritualmente, de modo a conscientizar-se dos problemas sociais, identificando-se com as preocupações e aspirações da coletividade e responsabilizando-se pela participação, em papéis relevantes, na vida comum do grupo, respeitadas suas limitações pessoais. Essa integração é o corolário de todo o processo educacional, encontrando base jurídica no artigo 205 da Constituição, que trata como objetivo da educação o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

É bom repetir que não direcionamos este estudo para o tema educação como um todo, mas nos limitamos a dirigir nossa atenção aos aspectos jurídicos a ele ligados. Desse modo, ainda que conscientes da profundidade que o assunto educação encerra, bem como da relativamente pouca densidade daquilo que foi aqui tratado nesse específico campo, não iremos além do necessário para melhor compreender sua relação com a cidadania e a atuação ministerial. Dito isso, ficamos com o tradicional e amplo conceito de Émile Durkheim, que pela importância repetimos: “A educação é a ação exercida, pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontrem ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destine.”<sup>24</sup>

Obviamente que Émile Durkheim se referia à educação para crianças, mas é preciso afirmar ser marcante o caráter generalizado da ação educacional, voltada que é para todos os seres humanos e basicamente em todos os estágios da vida, pois jamais deixamos de receber a influência de outras pessoas e também não paramos de influenciá-las, e portanto, educá-las. Nesse sentido, cada um e todos nós somos a um só tempo educandos e educadores. A educação é um processo contínuo e infinito, pois até mesmo depois da morte de alguém é possível que permaneçam os seus ensinamentos a influenciar os demais integrantes da sociedade.

Jaques Delors apresenta uma visão moderna do conceito de educação, sustentada em quatro pilares: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser. Segundo ele, aprender a conhecer significa “aprender a aprender, para beneficiar-se das oportunidades oferecidas pela educação ao longo

---

<sup>24</sup> DURKHEIM, Émile, *Educação e sociologia*, p. 41.

de toda a vida”<sup>25</sup>. Essa aprendizagem pretende mudar o foco antes dirigido para o recebimento de um rol de conteúdos fechados, permitindo ao receptor o domínio dos instrumentos na busca do conhecimento. Sendo assim, de uma posição passiva no processo, passa-se a atuar e influir nele pela possibilidade de busca do conhecimento. Nesse sentido, a busca do conhecimento deve ser vista como um processo sem fim, permitindo que cada qual contribua com suas próprias experiências e passe a partilhar o enriquecimento com todos. As vidas social, profissional e familiar influem em cada indivíduo de forma distinta, cabendo aprender a aprender com as experiências e colocá-las a seu serviço e de todos, em benefício do conhecimento de todos.

Considerando de certa forma indissociável ao pilar anterior, o citado relatório aponta o “aprender a fazer, no âmbito das diversas experiências sociais ou de trabalho que se oferecem aos jovens e adolescentes, quer espontaneamente, fruto do contexto local ou nacional, quer formalmente, graças ao desenvolvimento do ensino alternado com o trabalho”<sup>26</sup>. A idéia está ligada à tormentosa preocupação com a formação profissional, pois é necessário que a aprendizagem permita a colocação em prática do conhecimento, inclusive considerando a evolução das tecnologias em futuro próximo. A preocupação justifica-se nas economias industriais sobretudo, nas quais a mão-de-obra vem sendo substituída pelas máquinas. A geração de empregos é desafio constante e a empregabilidade uma preocupação da sociedade, dos governos e das famílias. Aos jovens é dedicada especial atenção. De maneira geral, a aprendizagem deve considerar a necessidade de ensinar não só a repetir tarefas rotineiras, mas prepará-los para uma atuação pró-ativa na indústria, nos serviços e no desenvolvimento de novas tecnologias. Além disso, “a relação com a matéria e a técnica deve ser completada com a aptidão para as relações interpessoais. O desenvolvimento dos serviços exige, pois, cultivar

---

<sup>25</sup> DELORS, Jacques, *Educação: um tesouro a descobrir*, p. 101. Essa obra contém um denso relatório preparado para a UNESCO pela Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, desenvolvido entre março de 1993 e setembro de 1996.

<sup>26</sup> DELORS, Jacques, *Educação: um tesouro a descobrir*, p. 101.



qualidades humanas que as formações tradicionais não transmitem necessariamente e que correspondem à capacidade de estabelecer relações estáveis e eficazes entre as pessoas”<sup>27</sup>. Os serviços são baseados não só na técnica, mas também na relação interpessoal, entre o prestador e o receptor, crescendo cada vez mais com as perspectivas de avanço. Aprender a fazer pode permitir uma preparação para enfrentar um mundo em que a tecnologia está impondo significativas mudanças no nosso modo de viver.

No passo seguinte, Jaques Delors sustenta que o terceiro pilar da educação é o “aprender a viver juntos desenvolvendo a compreensão do outro e a percepção das interdependências – realizar projetos comuns e preparar-se para gerir conflitos – no respeito pelos valores do pluralismo, da compreensão mútua e da paz”<sup>28</sup>. A insegurança a que estamos submetidos, quer individualmente, quer em nossa condição de habitantes de centros urbanos, ou mesmo de um planeta marcado pelo terrorismo e pelas guerras, impõe esse verdadeiro desafio à educação. Valores como a tolerância, a compreensão, a solidariedade, o combate aos preconceitos, dentre outros, precisam sair do campo teórico e aportar às salas de aula, nas reuniões sociais, religiosas, no seio da família e em todos os locais onde possam ser tratados. Aprender a viver juntos exige a descoberta do eu, do outro e a participação cada vez mais intensa em projetos coletivos, nos quais o plural tenha precedência sobre o singular. Afastar a violência das escolas, dos bairros, dos clubes, das praças públicas, dos países contra outros, conquanto não solucione a questão da priorização do *eu*, certamente se constitui em caminho seguro a percorrer, até o aprendizado total do viver junto com os outros.

Por fim, tratou do “aprender a ser, para melhor desenvolver a sua personalidade e estar à altura de agir com cada vez maior capacidade de autonomia, de discernimento e de responsabilidade pessoal”<sup>29</sup>. O ser humano inicia seu

---

<sup>27</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>28</sup> DELORS, Jacques, *Educação: um tesouro a descobrir*, p. 102.

<sup>29</sup> Ibidem, mesma página.





desenvolvimento pessoal logo que nasce e não pode deixar de crescer até a sua morte. O conhecimento inicial é simples e voltado para si mesmo, na mais tenra idade, para atingir níveis mais complexos, e que envolvem seus semelhantes, outros seres vivos e até as relações com máquinas. Conhecer-se exige reflexão interior, para permitir segurança na vida social, profissional, afetiva e espiritual. A educação deve permitir que o indivíduo exercite todas as potencialidades, como a memória, sentido estético, capacidades físicas, aptidão para comunicar-se e o sentido ético, este crucial para o sucesso de cada um, com respeito ao semelhante e à sociedade em que vive, tudo para ser feliz.<sup>30</sup>

Resta dizer que bem ao contrário do que possa parecer, esses quatro pilares da educação não estão restritos à aplicação nas escolas, como dissemos; antes, pelo contrário, englobam todas as formas de educação e vão desde o nascimento, até o final da vida. Jaques Delors adverte: “Numa altura em que os sistemas educativos formais tendem a privilegiar o acesso ao conhecimento, em detrimento de outras formas de aprendizagem, importa conceber a educação como um todo. Esta perspectiva deve, no futuro, inspirar e orientar as reformas educativas, tanto em nível da elaboração de programas como da definição de novas políticas pedagógicas.”<sup>31</sup>

Finalizando, estamos com Jaques Delors<sup>32</sup>, ao dizer que não é mais possível alguém adquirir na juventude uma gama de conhecimentos, ainda que vastos,

---

<sup>30</sup> Gabriel Chalita ensina sobre a felicidade que: “Todas as atividades podem ser divididas em três grupos, conforme as suas finalidades. No primeiro grupo, relacionado com a técnica, ficam aquelas cuja finalidade é a produção de coisas ou serviços; por exemplo, a construção, a escrita, a culinária (...). No segundo, relativo às práticas comunitárias e à vida em sociedade, ficam aquelas cujo objetivo é o aperfeiçoamento de quem as pratica, ou seja, são as atividades da ética e da política. Finalmente, no terceiro grupo, relacionado com a teoria, com a verdade, ficam aquelas cuja razão de ser é a percepção e a contemplação das verdades mais desenvolvidas do espírito humano”. Em seguida, remata: “O indivíduo feliz contempla a sabedoria, contempla os conhecimentos da ética, contempla a verdade como ela se mostra na vida de quem é justo e moderado.” (*Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003. p. 207-209).

<sup>31</sup> DELORS, Jacques, *Educação: um tesouro a descobrir*, p. 102.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 103.

julgando-os bastante para o resto da vida, dado que a evolução do mundo em velocidades fantásticas exige contínua atualização dos saberes. Afirmar ele:

“(...) as missões que cabem à educação e as múltiplas formas que pode revestir fazem com que englobe todos os processos que levem as pessoas, desde a infância até ao fim da vida, a um conhecimento dinâmico do mundo, dos outros e de si mesmas, combinando de maneira flexível as quatro aprendizagens fundamentais descritas no capítulo anterior. É este *continuum* educativo, coextensivo à vida e ampliado às dimensões da sociedade, que a Comissão entendeu designar, no presente relatório, pela expressão ‘educação ao longo de toda a vida’. Em seu entender, é a chave que abre as portas do século XXI e, bem além de uma adaptação necessária às exigências do mundo do trabalho, é a condição para um domínio mais perfeito dos ritmos e dos tempos da pessoa humana.”<sup>33</sup>

Como se vê, o conceito atual de educação é muito mais amplo que aquele fundado na transmissão do conhecimento. Todavia, não podemos finalizar sem deixar de dizer que o processo educativo, ainda que baseado no aproveitamento da experiência anterior, não se limita apenas àquilo que se ensina e se aprende nos bancos escolares. Vai muito além, e incorpora valores socialmente relevantes para cada distinta sociedade, inovando com alguns e aprimorando os existentes. Portanto, a transmissão do conhecimento é parte do processo educacional, mas não a própria educação.

Theodor Adorno referiu-se à “produção de uma consciência verdadeira”, dizendo que uma democracia deve operar de acordo com seu conceito, razão pela qual exige pessoas emancipadas. Diz ainda: “Uma democracia efetiva só pode ser imaginada enquanto uma sociedade de quem é emancipado”<sup>34</sup>. Em seguida, o autor pondera:

“A educação seria impotente e ideológica se ignorasse o objetivo de adaptação e não preparasse os homens para se orientarem no mundo. Porém ela seria igualmente questionável se ficasse nisto, produzindo nada além de *well adjusted people*, pessoas bem ajustadas, em consequência do que a situação existente se impõe precisamente no que tem de pior. Nestes termos, desde o início existe no conceito de educação para a

<sup>33</sup> DELORS, Jacques, *Educação: um tesouro a descobrir*, p. 104.

<sup>34</sup> ADORNO, Theodor Wiesengrund, *Educação e emancipação*, p. 141.



consciência e para a racionalidade uma ambigüidade. Talvez não seja possível superá-la no existente, mas certamente não podemos nos desviar dela.”<sup>35</sup>

De fato, a educação deve ter um espectro amplo, desenvolvendo o ser humano em todas as suas facetas, efetivamente o preparando para a vida social, a familiar, para o trabalho e, de modo especial, para o exercício da cidadania. Nesse sentido, podemos dizer que estamos tanto com Jaques Delors quanto com Theodor Adorno.

Convém reafirmar que a educação é distinta do ensino, este compreendido como instrução ou ação de ensinar, embora também não se trate da mera repetição ou retransmissão daquilo que aprendemos. Para melhor compreender o significado do ensino, e até mesmo da própria educação, julgamos relevante esboçar uma pequena digressão de sua evolução histórica, não antes de afirmar, com Paulo Freire, que ensinar é criar possibilidades para a própria construção do conhecimento ou sua produção. Aliás, esse autor critica a suposta relação existente entre quem ele chama de *formador* e aquele denominado *objeto* da relação de transmissão do conhecimento. Diz que, desse modo, no passo seguinte, aquele que era o *objeto* no processo formativo passa a ser o *formador*, e assim por diante, um que transfere os conhecimentos-conteúdos-acumulados, ou o sujeito que sabe, e que são transferidos ao que não sabe, para depois continuar repetindo o movimento. Diz: “Nesta forma de compreender e de viver o processo formador, eu, objeto agora, terei a possibilidade, amanhã, de me tornar o falso sujeito da ‘formação’ do futuro objeto de meu ato formador”<sup>36</sup>. Continua ele dizendo ser necessário firmar-se que quem forma acaba por se formar também, reformando-se a si próprio. No mesmo diapasão, quem é formado se forma e igualmente acaba por formar no processo de sua formação, arrematando:

---

<sup>35</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>36</sup> FREIRE, Paulo, *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*, p. 23.



“É neste sentido que ensinar não é transferir conhecimentos, conteúdos nem formar é ação pela qual um sujeito criador dá forma, estilo ou alma a um corpo indeciso e acomodado.(...) Quem ensina aprende e quem aprende ensina ao aprender. Quem ensina ensina alguma coisa a alguém. Por isso é que, do ponto de vista gramatical, o verbo ensinar é um verbo transitivo-relativo. Verbo que pede um objeto direto – alguma coisa – e um objeto indireto – a alguém.”<sup>37</sup>

Necessário enfatizar que a obra mencionada trata – fundamentalmente – da formação do docente, circunscrevendo-se pois na órbita do ensinar a ensinar, ou como quer o autor, ensinar e aprender sempre e ao mesmo tempo. Uma outra diferenciação deve ser feita em relação à educação, ao ensino e à *didática*. Curiosamente, a palavra didática vem, sob o prima etimológico, do grego *didaktiké* (ensinar) e *téchne* (arte), ou seja, arte de ensinar, conforme ensina Imídeo Giuseppe Nérici. Diz que é a ciência que pesquisa e experimenta novas técnicas de ensino, ou ainda o conjunto de técnicas por meio das quais se realiza o ensino, porquanto reúne e coordena, sob o aspecto prático, os resultados das ciências pedagógicas, com o objetivo de tornar o ensino mais eficiente. Tem, portanto, um sentido eminentemente prático. Conclui conceituando: “(...) didática é um conjunto de procedimentos e normas destinados a dirigir a aprendizagem da maneira mais eficiente possível.”<sup>38</sup>

Feitas as distinções necessárias, retomamos o tema do ensino, agora sob o aspecto histórico, para melhor entender o conceito e as diferenças com a educação. Alertamos todavia que, num primeiro momento histórico, é um tanto mais difícil traçar linhas divisórias entre a educação e o ensino como hoje considerados, daí voltarmos a mencionar a educação, contudo com o objetivo de compreender o ensino.

---

<sup>37</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>38</sup> NÉRICI, Imídeo Giuseppe. *Introdução à didática geral*. 4. ed. Lisboa: Fundo de Cultura, 1966. p. 51.



A evolução da educação, desde quando é possível falar em transmissão do conhecimento, até os dias de hoje, é digna de nota. A humanidade passou de um incipiente processo educativo inaugurado pelo *homo sapiens* (em torno de 35.000 a.C.), no qual se verificava uma relativa capacidade de promover a cultura, mantê-la e envidar esforços para perpetuá-la; essa cultura a que nos referimos pode ser conceituada como “um sistema mais ou menos integrado de padrões de comportamento característicos de determinada sociedade”<sup>39</sup>, cabendo lembrar que a ênfase, por evidente, estava relacionada àquilo que permitia a sobrevivência, não só das pessoas ou agrupamento, como de uma tribo, em momento posterior. É composta pelo modo como pensavam, sentiam e agiam em relação à proteção, tudo se revelando pelo que era produzido, os abrigos, vestuários, além dos próprios valores e costumes característicos de um grupo.

Por certo que a transmissão do padrão de comportamento era feito de maneira bastante simples e pela via da ação dos mais velhos, presumivelmente os detentores da experiência e dos conhecimentos, para os mais novos – crianças ou jovens – que com isso se integravam à vida em grupo, ou em sociedade, em estágio mais avançado da humanidade. A produção e transmissão da cultura, portanto, é fruto da ação do ser humano, diferenciando-o e tornando-o racional. É interessante que, a um só tempo, paradoxalmente, a cultura amolda o ser humano que se adapta aos costumes, introjeta os valores respeitados e os conceitos sociais etc., como é por ela influenciada, dada a transmissão não só dos conhecimentos, como da própria experiência de cada um. A transmissão da cultura se faz por um processo educativo que acaba por perpetuar todos esses padrões, de uma para outra geração, influenciando no sucesso dos mais jovens em relação à defesa, à caça, à alimentação e à produção de rudimentares artefatos ou vestimentas, preparando-os para a vida, sua inserção no grupo social e, via de consequência, mantendo-o vivo e atuante, para que pudesse, posteriormente, também transmitir seus conhecimentos, ensinando as vindouras gerações e perpetuando a cultura. A própria aquisição da

---

<sup>39</sup> GILES, Thomas Ransom. *História da educação*. São Paulo: EPU, 1987. p. 3.

cultura passada não era, como não é, assimilada passivamente pelos indivíduos, senão criticamente, pois cada um trata de inovar, colocando sua própria experiência a serviço do desenvolvimento e aperfeiçoamento, possibilitando a evolução paulatina e necessária.

Evidentemente que o processo educativo é rudimentar num primeiro momento, para lentamente evoluir e chegar ao complexo mecanismo de transmissão do saber vigente hodiernamente, objeto do estudo da ciência da educação. Não ingressaremos de maneira aprofundada nessa alheia seara, limitando-nos aqui a ressaltar a importância do estudo da história<sup>40</sup> da educação, para a compreensão de todo o processo educativo e do ensino. A história, de uma maneira geral, e particularmente como referida, não pode se resumir a relatar fatos ou mostrar como se davam as relações educacionais – simplesmente – senão estudá-los e sistematizá-los, trazendo-os ao conhecimento dos interessados e contribuindo para a formação de uma crítica visão do conjunto. Em relação à educação – sobretudo – não vemos como se poderia apenas relatar passivamente todo o desenvolvimento das práticas educativas adotadas em cada época ou local, sem que se forme uma consciência do passado, para entender o presente e planejar e mudar no futuro.

Com efeito, dissemos que a cultura amolda o ser humano e, ao mesmo tempo, o ser humano amolda a cultura, revelando um traço de manutenção do passado, dos conceitos, das tradições e dos valores, mas sem deixar se ser um processo criativo e que leva aos avanços culturais de uma sociedade, no decorrer dos tempos. Precisamos, a nosso sentir, estudar a história da educação para melhor compreender as tendências atuais, auxiliando na tomada de decisões sobre os caminhos a percorrer nesse campo do saber. É Thomas Ransom Giles quem afirma: “Uma vez que a história das idéias e das instituições – isto é, da realidade social

---

<sup>40</sup> O vocábulo história, como ensina Paulo Ghiraldelli Junior, assume distintos significados, podendo ser tanto os processos de existência e vida real dos seres humanos no tempo, como o estudo científico, a pesquisa e o relato organizado desses processos. (*História da educação*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 11)



global – e o processo educativo são inseparáveis, questionar a consciência social coletiva e, ao mesmo tempo, provocar essa mesma consciência ao questionamento, é tarefa fundamental da História da Educação.”<sup>41</sup>

A humanidade de hoje vive uma civilização preexistente herdada de seus pais, avós ou antepassados, sem que tivesse opção de escolha. Esse passado vem impregnado de valores, conceitos e práticas que nos são passados, exigindo-se de nós a responsabilidade de manter as tradições e permitindo-nos perguntar o que nos faz ser de uma ou de outra forma. O conhecimento do passado responde a essas questões, auxiliando no entendimento dos acontecimentos de hoje, levando-nos à decisão de aceitar o legado oferecido ou a tomar caminhos diferentes, fazendo o presente e alterando o curso da história da civilização. De há muito se sabe que aquele que não conhece o passado pode ser obrigado a revivê-lo, eventualmente, por suas piores faces.

O conhecimento do passado é muito relevante, mas não sem a crítica que permita o avanço em direção ao bem-estar da humanidade, daí porque entendemos imprescindível a abordagem do como se deu a evolução do processo educativo. Como afirmamos, por não ser este um trabalho específico de história da educação, deliberadamente afastamos menções mais aprofundadas sobre o processo educativo do homem primitivo, limitando-nos a começar pela Grécia, passando por Roma e chegando à Idade Média, na qual se nota relevante influência do Cristianismo, que cedeu com o Renascimento. O estudo do processo educativo em tempos modernos, leva-nos à forma como o ensino foi desenvolvido.

É consenso que a civilização da Grécia antiga foi a que mais contribuiu para o desenvolvimento intelectual da humanidade. A rivalidade entre duas de suas cidades-estado – Esparta e Atenas – bem como os ensinamentos de Sócrates, Platão e Aristóteles influenciaram não só os pensadores, mas toda a civilização antiga.

---

<sup>41</sup> GILES, Thomas Ransom, *História da educação*, p. 1.

Nessas duas cidades-estado, havia distintas concepções educacionais, com uma tendência à educação totalitária, voltada ao militarismo e ao civismo em Esparta. Valorizavam o Estado, inclusive sacrificando os interesses pessoais. Era uma sociedade lutadora que enaltecia os heróis guerreiros. Diz Thomas Ransom Giles: “O estado de guerra quase permanente leva à imposição de uma disciplina férrea que subordina o indivíduo totalmente ao Estado. O bem do Estado é o valor supremo”<sup>42</sup>. O desenvolvimento do físico preponderava sobre o intelecto e o objetivo era a formação do patriota guerreiro.

A educação em Atenas era dirigida à formação do homem livre, portanto bastante distinta da praticada em Esparta. O objetivo era levar o indivíduo a alcançar a verdade, o belo e o bem, sem estar a serviço do Estado. Sócrates sobressaiu nesse período, colocando a educação voltada ao desenvolvimento do ser humano e sua personalidade, sempre na perspectiva universal, para o todo e não para si mesmo. Desenvolveu o diálogo como método pedagógico, incluindo a ironia e a maiêutica<sup>43</sup>; aliás, Sócrates costumava debater e dialogar, contrapondo-se ainda aos defensores da paidéia, ou seja, o processo educativo visando às necessidades práticas de participação no processo político, principalmente à da eloquência perante os demais cidadãos, revelando-se importante a retórica, mesmo que isso representasse manipular a opinião pública pela persuasão. Todavia, “para Sócrates, a competência técnica, que desconhece toda preocupação com o conteúdo moral do processo educativo, só pode levar à tragédia pessoal e à desintegração da sociedade”<sup>44</sup>. Isso mostra que Sócrates via a educação como formadora do ser humano em caráter universal, distante da formação individual que antes prevalecia.

---

<sup>42</sup> GILES, Thomas Ransom, *História da educação*, p. 13.

<sup>43</sup> Maiêutica “é o processo dialético e pedagógico socrático, em que se multiplicam as perguntas a fim de obter, por indução dos casos particulares e concretos, um conceito geral do objeto em questão” (FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.065).

<sup>44</sup> GILES, Thomas Ransom, *História da educação*, p. 16.





Por sua vez, em Roma, a educação também era voltada à formação do ser humano para a vida em comunidade, em um caráter humanista e abrangente, mas com ênfase na formação dos filhos para serem úteis à pátria, instruindo-os de acordo com os costumes do Estado e das instituições. A educação era orientada pelos deveres legais e a manutenção da ordem, além do culto às tradições dos ancestrais e uma certa auto-suficiência. Também em Roma a retórica tem relevante participação no processo educativo, justificado por ser necessária à vida pública. Relata Thomas Ransom Giles: “A Retórica serve principalmente aos fins jurídicos, no fórum ou no Senado, onde se devem evitar ao máximo as especulações abstratas, tanto filosóficas como científicas, prática tão comum em Atenas (...)”<sup>45</sup>. Na Roma que enaltecia a retórica, surge Marco Fábio Quintiliano, reconhecido como o maior pedagogo romano e que desenvolveu a oratória, “(...) que se distingue da Retórica. Consciente das objeções contra a Retórica, Quintiliano insiste que se trata de uma arte autêntica quando exercida por um homem moralmente bom, pois este a utilizará como processo controlado para alcançar fins moralmente desejáveis em todos os campos de inquérito”<sup>46</sup>. A pedagogia de Quintiliano é considerada válida até hoje sob muitos aspectos, sobretudo por enfatizar o valor espiritual e humanístico da educação, com atenção às necessidades psicológicas do aprendiz e do educador. O declínio do Império romano sob o aspecto moral, ainda que fosse o maior poderio militar do mundo naquela época, com a população desprovida de objetivos e tratada a *pão e circo*, leva a educação a resumir-se num mero exercício de aprendizado de conteúdos neutros dos compêndios, fortemente controlados pelo poder imperial, o que possibilitou a sua paulatina substituição pela educação de feição cristã.

No início do Cristianismo, a educação estava a cargo de representantes da Igreja, os padres, recebendo a denominação de patrística<sup>47</sup>, destacando-se Santo Agostinho como um dos maiores expoentes desse pensamento. Num passo seguinte,

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>46</sup> GILES, Thomas Ransom, *História da educação*, p. 41.

<sup>47</sup> Patrística é a ciência que tem por objeto a doutrina dos Santos Padres e a história literária dessa doutrina (FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 1.283).

cumprir ressaltar que, no Terceiro Concílio de Latrão, em 1189, restou determinada ordem para a fundação de escolas chamadas de catedralícias, ainda no início do período feudal: “Uma vez que a Igreja de Deus, sendo mãe providente e boa, sente-se na obrigação de prever as necessidades espirituais e corporais dos pobres, para que estes não se vejam privados da possibilidade de ler (...) em cada igreja catedralícia abram-se escolas (...). Em outras igrejas ou mosteiros também, que as escolas francas sejam abertas de novo.”<sup>48</sup>

Com a orientação política da Igreja nesse sentido, abriram-se escolas que se dedicaram aos estudos elementares, além da doutrinação. Todavia, Carlos Magno percebeu que, na realidade, apenas o clero era alfabetizado e ele “(...) pretende estender o processo educativo até atingir as demais faixas da sociedade. De acordo com esse objetivo, Carlos valoriza o professorado, premiando aqueles que ensinam as artes liberais com insígnias honras”<sup>49</sup>. Com esse esforço, evoluiu-se para um razoável sistema, dividido em três níveis: a) educação elementar sob a responsabilidade dos próprios sacerdotes nas paróquias; b) a educação secundária ministrada em conventos; c) educação superior dada nas escolas imperiais, destinadas à formação dos servidores imperiais. Ainda segundo Thomas Ransom Giles, com o declínio do feudalismo e ascensão do monarquismo, a Igreja passou a dominar, em função do Direito Canônico a reger as relações sociais, dado que não havia um Estado propriamente dito, além de sua doutrina determinar a moral. Por outro lado, o processo educativo constituído pela Igreja era o único sistematizado até então, aliando-se a isso o fato dos padres possuírem autoridade reconhecida e constituírem um corpo intelectualizado<sup>50</sup>. O poder da Igreja na educação e no ensino continuou a crescer cada vez mais, ainda que um ou outro detentor do poder tenha se insurgido contra ela ou tentado – e conseguido por pouco tempo – rebelar-se contra suas imposições.

---

<sup>48</sup> GILES, Thomas Ransom, op. cit., p. 70.

<sup>49</sup> GILES, Thomas Ransom, *História da educação*, p. 66.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 70.

Resta ainda dizer, por intimamente ligado ao ensino, que a escolástica<sup>51</sup> surge próximo ao início do segundo milênio da Era Cristã, tendo em Santo Tomás de Aquino o maior expoente. Essa corrente possuía uma posição mediana entre a educação cristã e a greco-romana, dizendo que Deus estava além do racional, porém não necessariamente contra a razão, levando a uma educação que permitia o descortinamento de todas as potencialidades individuais. Para Thomas Ransom Giles, o pensamento de John de Salisbury sobre essa relação era o seguinte: “O homem consegue compreender o mundo graças à sensação e à imaginação. Do conhecimento assim conseguido deriva a verdade, através do processo de raciocínio e da demonstração. Entre ciência, sabedoria e fé, existe uma relação íntima. A fé é a etapa intermediária entre a opinião e a ciência. Esta última nos leva à compreensão de assuntos divinos.”<sup>52</sup>

Como se vê, a doutrina cristã não se deixou vencer pelo racionalismo da época, ao contrário, buscou sintetizar a fé e a ciência. A escolástica era portanto uma doutrina teológico-filosófico que, embora não tenha tratado expressamente da educação, acabou por influenciar a pedagogia da Igreja, sobretudo em relação aos jesuítas que vieram a se instalar no Brasil anos depois. É que, como ensina Maria Luíza Marcílio, “a cultura das elites era essencialmente o humanismo cristão cujas raízes estavam nas duas Antigüidades, sagrada e profana, humanismo este que se desenvolveu com o Renascimento. A imensa admiração pela sabedoria antiga não

---

<sup>51</sup> Escolástica é o conjunto das “doutrinas teológico-filosófico dominantes na Idade Média, dos séculos IX ao XVII, caracterizadas sobretudo pelo problema da relação entre a fé e a razão, problema que se resolve pela dependência do pensamento filosófico, representado pela filosofia greco-romana, da teologia cristã. Desenvolveram-se na escolástica inúmeros sistemas que se definem, do ponto de vista estritamente filosófico, pela posição adotada quanto ao problema dos universais [q.v.], e dos quais se destacam os sistemas de Santo Anselmo, de São Tomás e de Guilherme de Occam” (FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda, *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 688).

<sup>52</sup> GILES, Thomas Ransom, *História da educação*, p. 88.



impediu os humanistas de serem profundamente religiosos e cristãos”<sup>53</sup>. Não se pode deixar de mencionar o Renascimento e a revolução burguesa, que tinha em Martinho Lutero seu iniciador e grande incentivador e que deu origem ao protestantismo, que logo ganhou adeptos e, no campo da educação, gerou a transferência das escolas para o Estado, nos países por ele dominados, embora não deixassem de ser religiosas. Continua a autora explicando que é nesse contexto que a Companhia de Jesus foi criada por Ignácio de Loyola, tendo por objetivos fundamentais a defesa intransigente da Igreja Católica, em franca luta contra os protestantes *heréticos*, para usar o termo original. Para tanto, a formação de seus quadros era rígida e fundada na disciplina e na rigorosa formação em teologia e em moral católica. Afirma ainda:

“Para a educação que se propuseram levar adiante em todos os continentes, os jesuítas elaboraram (1586-1599) um sistema educacional conhecido por *Ratio Studiorum* (programa de estudos) que regulamentava rigorosamente o sistema escolástico que criaram. O princípio e o objetivo primordiais estavam na evangelização dos povos na fé católica, dentro da orientação de Trento, e tudo ‘Para maior glória de Deus’, o lema da Companhia de Jesus.”<sup>54</sup>

Tudo isso mencionamos para mostrar que a base do ensino no Brasil é o sistema inaugurado pelos jesuítas e consolidado no *Ratio Studiorum*, programa que organizava o ensino em classes e seqüências com rigorosa disciplina, ainda que com menos castigos físicos do que o padrão reinante naqueles tempos. Maria Luiza Marcílio segue dizendo que “haveria seis anos de *studia inferiora*, dividido em seis cursos (três de gramática, um de humanidades, um de poesia, um de retórica); três anos de *studia superiora* de filosofia (lógica, física e ética); um ano de metafísica (matemática superior, psicologia). Após esses anos, estavam previstos uma *repetitio*

<sup>53</sup> MARCÍLIO, Maria Luiza. *História da escola em São Paulo e no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Instituto Fernand Braudel, 2005. p. 7.

<sup>54</sup> MARCÍLIO, Maria Luiza, *História da escola em São Paulo e no Brasil*, p. 7.



*generale* e um período de prática de magistério. Finalmente, mais quatro anos de estudos de teologia”.<sup>55</sup>

Convenhamos, a estrutura curricular atual (educação infantil, fundamental, média e superior), se não é a mesma, como não é, guarda profunda identidade com a organizada pelos jesuítas, embora no Brasil tenham oferecido de forma prioritária os estudos em nível secundário, preparando os alunos para a universidade, que já estava instalada na Europa, pois “aqui, como vinham fazendo na Europa, os jesuítas fundaram ‘colégios’, no sentido mais tradicional do termo, isto é, pequenos internatos para a formação dos futuros padres”.<sup>56</sup>

Aliás, em termos de proximidade de modelos, merecem menção as universidades<sup>57</sup>. O ensino, desde o século XI até meados do século XII, era de

<sup>55</sup> Ibidem, mesma página, em nota de rodapé.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>57</sup> Sob o aspecto da origem, a burguesia e as corporações iniciaram o movimento de reformulação do ensino na Europa, a partir da segunda metade do século XII, firmando-se no século XIII, com a *Universitas Magistrorum Parisienses*. Em 1215, a Universidade de Paris obtém reconhecimento papal e sua estrutura serviu de modelo para as demais que se disseminaram pela Europa. Portanto, o nascimento das universidades começa na segunda metade do século XII e se firma no século XIII. Por outro lado, segundo ensina Dalmo de Abreu Dallari, referindo-se a uma de três correntes doutrinárias: “A terceira posição é a que já foi referida: a dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas. Justificando seu ponto de vista, um dos adeptos dessa tese, Carl Schmidt, diz que o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a idéia e a prática da soberania, o que só ocorreu no século XVII. Outro defensor desse ponto de vista, Balladore Pallieri, indica mesmo, com absoluta precisão, o ano do nascimento do Estado, escrevendo que ‘a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados é a de 1646, ano em que foi assinada a paz de Westfália.’” (*Elementos de teoria geral do Estado*, p. 53). Por seu turno, Celso Ribeiro Bastos afirma que “cumpre acrescentar que o responsável pela inclusão do vocábulo ‘Estado’ em nossa literatura foi Maquiavel, em seu famoso *O príncipe*, publicado em 1531” (*Curso de teoria do Estado e ciência política*, p. 36). Outros autores citam o aparecimento do Estado nessa época, pouco mais ou pouco menos, mas todos unânimes em afirmar que o Estado surgiu na Idade Moderna, a partir do século XVI (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 11; STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 24; PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Instituições de direito público e privado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1973. p. 98). Em resumo, a universidade nasce na segunda metade do século XIII, enquanto o Estado, tal como



responsabilidade das escolas catedrálcias. A partir daí, o número de cidades aumentou, em razão do movimento burguês, em franca ascendência. Os filhos dos burgueses passaram a freqüentar tais escolas e logo houve necessidade de expansão dos programas de estudos, sobretudo pelas exigências práticas dos pais, mais adaptados às suas condições econômico-sociais. Surgiram novos mestres, disseminando-se pela Europa preceptores ou centros específicos que adotavam a nova corrente pedagógica. Os pais decidiram enviar seus filhos, almejando um ensino baseado nessa nova concepção, acarretando uma certa proximidade com o processo educativo da Grécia antiga, inclusive no que diz respeito a uma divisão em graus, como o ginásio, as universidades e os estudos gerais. Os ensinamentos, contudo, dependiam primordialmente da orientação e lições do mestre. A força das corporações influenciava o surgimento de outras forças educativas. Daí que o agrupamento de estudantes provenientes de diversas nações, dos diferentes mestres e preceptores, todos de uma única corporação, deu origem às universidades, não sem muita luta para livrar-se da influência das autoridades civis e eclesiásticas. As academias representaram um avanço, porquanto eram associações avançadas desses mestres, complementando os estudos antes desenvolvidos. Encerra Thomas Ransom Giles sua lição dizendo que o “(...) segundo passo neste processo será o da legitimação, ou seja, a doação de cartas formais que reconhecem a autoridade da universidade em conferir o direito de ensinar em qualquer parte do mundo, o que só podia ser feito pelo papa ou pelo imperador. É uma questão de reconhecimento oficial”<sup>58</sup>. Sob o aspecto formal, o ensino é ministrado no Brasil ainda com essa conformação, fixada na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, como já mencionado, ressaltando-se a divisão em níveis, a autonomia universitária e o reconhecimento formal pelo Estado.

A exposição feita teve o único propósito de mostrar que, se um dia a educação se confundiu com o ensino, hoje isso não mais ocorre, pois, como se viu, a

---

o conhecemos hoje, data do século XVI; na melhor das hipóteses, de toda forma, bem depois do nascimento das universidades.

<sup>58</sup> GILES, Thomas Ransom, *História da educação*, p. 102.



escola, dos primeiros níveis à universidade, cumpre um papel muito importante na educação, mas não é suficiente. O ensino pode adquirir o significado de transmissão daquilo que se conhece para alguém que aprende. Essa transferência, via de regra, se dá numa escola, mas pode ocorrer também em igrejas, empresas, sindicatos ou associações. Além desse sentido, pode-se dizer que o ensino é um conjunto de disposições normativas e práticas pedagógicas que visam organizar e formalizar a transmissão do conhecimento, de forma a permitir que se auto-alimente, cresça e se autoconstrua.

Retornaremos ao conceito de educação, mas sob o prisma jurídico, intimamente vinculado ao direito a educação.

## 1.2 Educação na Constituição de 1988

Ao tratar da sociedade, obrigatoriamente se deve falar da juridicidade de sua organização. Seja qual for a espécie examinada, sempre encontraremos uma estrutura mais ou menos complexa a dar forma à sociedade. Tratando-se de uma sociedade política, a conjugação dos fins a que aspira com sua organização jurídica configura o Estado, seja de qual espécie for.<sup>59</sup>

Nesse caso, o Direito é chamado para dar forma à sociedade, estando, pois, ligado à gênese do Estado. Necessário um elemento para corporificar a vontade da sociedade, a Constituição, segundo Michel Temer<sup>60</sup>, na qual se instalam os preceitos normativos que dão forma e identificam o Estado, a exemplo da sociedade de fins comerciais, cuja corporificação se dá pelo contrato social ou pelos estatutos.

---

<sup>59</sup> MARTINES JÚNIOR, Eduardo. *O princípio da separação dos poderes e o pacto federativo como fundamento de validade do artigo 49 da Constituição estadual paulista*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000. p. 5.



Na verdade, a associação de pessoas com a finalidade de formar um Estado passa pelo exercício do poder, caracterizado com a possibilidade efetiva de se impor a vontade de alguém sobre a de seu semelhante. Poder existe na hipótese de alguém poder se fazer acatar pelos outros, fazendo valer sua vontade e afastando resistências exteriores àquilo que determinou fazer, ou que ele queria que se fizesse.<sup>61</sup> É esse poder que constitui o Estado, materializado pela adoção de uma Constituição que deve ser por todos obedecida, sob pena de sanção. Michel Temer define o poder constituinte como “a manifestação soberana de vontade de um ou alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social”.<sup>62</sup>

Dando continuidade à linha de raciocínio, quanto à materialização do poder constituinte, vale dizer que a Constituição, para Michel Temer, “(...) o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época”.<sup>63</sup>

Revela-se evidente a importância dessa lei fundamental do Estado. Fruto da materialização do poder constituinte, é uma decisão política daquele que o detém, versando sobre os contornos e o particular modo de existência do próprio Estado que faz nascer, delineando ainda como serão produzidas outras normas, estas de escalão inferior, além dos direitos fundamentais do homem. E, dentre esses direitos fundamentais, estão os direitos sociais, incluindo o direito à educação, como se verá. A educação está erigida a patamar notável em nosso sistema, havendo dever jurídico do Estado em ofertá-la, na medida determinada no Texto Maior, conforme verificaremos. Repetimos, não se trata de mera faculdade do Estado, mas obrigação

---

<sup>60</sup> TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 29.

<sup>61</sup> CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional: direito comparado, teoria geral do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. p. 29.

<sup>62</sup> TEMER, Michel, op. cit., p. 29.

<sup>63</sup> TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*, p. 17.





imposta por aquele que tinha o poder de elaborar a Constituição, é dizer, aquele que podia e traçou as linhas mestras do nosso ordenamento jurídico.

O exame da doutrina constitucionalista pátria leva à indisfarçável conclusão do pouco espaço ocupado pelo direito à educação. O tratamento oferecido pelos mais renomados constitucionalistas, como José Afonso da Silva, José Celso de Mello Filho, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, Alexandre de Moraes, Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Junior, Michel Temer e outros, em obras que citaremos mais à frente, mostra que a doutrina constitucional está mais preocupada com temas tradicionais, inclusive os direitos sociais, estes focados basicamente nos direitos do trabalhador. Por outro lado, inegável que juristas de igual envergadura vêm se dedicando ao direito a educação, mas em obras específicas e que também citaremos à frente, como é o caso de Nina Beatriz Ranieri. Isso acaba por gerar um afastamento do tema – direito à educação – em relação aos alunos, que deixam de se aprofundar naquele novo ramo do Direito e que justamente rege os seus próprios estudos e a vida acadêmica. Sem nenhuma dúvida podemos afirmar que a preferência é pelos temas tradicionais do Direito Constitucional, mas a relevância do direito a educação, certamente acarretará mudança nesse quadro.

Podemos observar que, paulatinamente, o mundo acadêmico vem sentindo que *educação* não é tema circunscrito aos educadores e pedagogos, havendo fundamental participação do Direito no estudo, a ponto de justificar o desenvolvimento de linhas de pesquisa, cadeiras, cursos, dissertações e teses específicas, embriões de uma sistematização tendente ao nascimento de um novo ramo do Direito. Embora seja cedo, é possível vislumbrar um Direito da Educação, tal como Direito Civil ou Penal, Processual ou Constitucional, a exemplo do que ocorreu modernamente com o Direito do Consumidor ou Meio Ambiente. Por essas razões, neste capítulo procuraremos mostrar os contornos da educação na Constituição Federal, passando pela Constituição Estadual paulista e tangenciando a

Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Justifica-se o corte, novamente por razões de espaço, devendo ficar circunscrito o objeto do estudo, ainda que em prejuízo de eventual exaurimento do tema. Há, como falamos, pouco na doutrina constitucional tradicional e menos ainda na jurisprudência, exigindo construção paulatina como, de resto, é a regra no Direito.

De início, permitimo-nos lembrar nosso entendimento sobre a natureza do direito à educação, pela incorporação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro, conferindo-lhe *status* de direito fundamental individual, com as conseqüências sobre a eficácia e aplicabilidade. Pela mesma razão, segundo entendemos, o direito à educação é cláusula pétrea. Essa discussão, todavia, pode ser afastada para examinarmos a seção própria do capítulo relativo à educação, basicamente colocada entre os artigos 205 a 214 da Carta, sem prejuízo de outras disposições esparsas e da própria declaração contida no artigo 6º, dando-a como direito social e, bem por isso, aplicando-se-lhe os princípios próprios dessa categoria de direitos fundamentais. A Constituição declarou os direitos sociais no Título II, desenvolvendo-os no Título VIII – Da ordem social –, diferentemente do que fez com os direitos individuais, todos pormenorizados no próprio espaço da declaração.

Inicia o artigo 205 proclamando que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, distribuindo a responsabilidade do encargo e afirmando que nem só nas escolas (formais) se educa, mas também no lar. Essa educação, como ensinava José Celso de Mello Filho, ainda antes do ordenamento atual, “é mais compreensiva e abrangente que a da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando”<sup>64</sup>. Esse conceito jurídico da educação está totalmente

---

<sup>64</sup> MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 533.

agasalhado na norma, ao declarar que ela visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho. Há íntima ligação entre essa disposição e os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.<sup>65</sup> Além disso, a Constituição exige que a educação seja promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, desnudando como o Texto dispôs sobre a educação – é dizer – não se trata de mera escolarização, mas de algo maior, mais abrangente e que leve aos objetivos propostos. Portanto, desde logo se afirma: educação não se faz exclusivamente na escola, mas também em casa e no seio da própria sociedade.

Com efeito, educar só tem sentido se for para desenvolver o ser humano, preparando-o adequadamente para o exercício da cidadania, valor de excepcional relevância em nosso Estado, tanto assim que figura logo no artigo 1º da Constituição. Demais disso, qualificar o ser humano para o trabalho é também, sem dúvida, uma finalidade da educação, pois vem se notando que o setor produtivo está passando por radicais mudanças, extinguindo um elevado número de empregos (ou funções), criando poucos em seu lugar. A modernização da agricultura, da indústria, do comércio e dos serviços está levando à automatização dos meios de produção, em detrimento da mão-de-obra, impondo um redirecionamento de atividades. Esse processo exige treinamento dos anteriores empregados e educação dirigida para os jovens. Aí a estrita colaboração da sociedade que pode destinar recursos para essa finalidade, a exemplo do chamado sistema “S” (SENAI, SENAC, SESC, e outros). Não ficam atrás outras entidades, como as igrejas, clubes de serviços e outras de caráter filantrópico, que mantêm inúmeras atividades educacionais extra-escolares formais.

---

<sup>65</sup> Artigos 1º e incisos e 3º e incisos da Carta Política.

Todavia, tanto essa função quanto o desenvolvimento pleno do ser humano podem ser condensados no exercício da cidadania, porque assumimos aqui, de forma bastante simplificada, o conceito de cidadania como o conhecimento e a possibilidade de exigência de direitos e garantia de participação efetiva na sociedade, ainda que o exigente não seja cidadão, tecnicamente falando. À evidência que o exercício dos direitos constitucionais melhor se faz por aquele que é cidadão, vale dizer, que está no gozo dos direitos políticos, mas nem só por ele, como veremos a frente.

Assim é que o efetivo exercício da cidadania, que se busca pela educação ampla, leva o indivíduo a exigir do Estado respeito à dignidade da pessoa humana, elevando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, permitindo, além de tudo e com isso, o pluralismo político. Daí poderemos chegar aos objetivos da República Federativa do Brasil determinados pela Constituição, ou seja, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> A despeito de tudo isso, embora não concordemos integralmente, não podemos deixar de observar a forte crítica de José Ortega y Gasset, embora se referindo diretamente à escola, e não à educação como um todo, mas de qualquer forma transportável ao contexto ora apresentado, *mutatis mutandis*: “Isso nasce de um erro fundamental que precisa ser arrancado das cabeças; e consiste em supor que as nações são grandes porque sua escola – primária, secundária ou superior – é boa. Trata-se de um resíduo da beatice ‘idealista’ do século passado. Atribui à escola uma força criadora histórica que ela não tem nem pode ter.” (*Missão da universidade*. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1999. p. 52). O autor escrevia na Espanha do início do século XX, tendo identificado o momento adequado para dar início às reformas na universidade, face à crise econômica que assolava o país, gerando intermináveis distúrbios estudantis. A Espanha não era – certamente – um modelo de desenvolvimento econômico-social-cultural, e sua universidade se encontrava em sofrível situação. Via a sociedade de então como sendo formada por massas e classes, não possuindo as primeiras nenhuma vocação para o autogoverno, enquanto as segundas, ainda que desejassem o poder, não tinham preparo para isso. Daí a razão de enxergar a necessidade das lideranças obterem melhor formação para poder enfrentar os novos desafios que lhes seriam exigidos. À universidade cumpria uma missão de alta relevância. Retoricamente, perguntava José Ortega y Gasset qual seria a missão da reforma universitária. (*Ibidem*, p. 22). Dizia que “a universidade deve preparar o estudante para ‘viver à altura do seu tempo’, (...) mas para isso não

Sem prejuízo de uma eventual discussão sobre os métodos, os recursos ou o embasamento teórico dos sistemas educacionais, de resto necessária, impende dizer que, se assumida a educação com a importância dada pela Constituição, certamente estaríamos frente aos objetivos colimados. Para isso se deve educar. Vemos sentido na educação, se ela for capaz de elevar o ser humano, permitindo uma superior vida em sociedade, sem as profundas desigualdades hoje verificadas. Somente com a educação é que o ser humano poderá se libertar da pobreza, da discriminação, da desigualdade de classes, da perversa distribuição de renda, enfim, de inúmeros fatores que encarceram o ser humano. Assim transparece da redação do artigo 205 da Carta Política.

Os princípios, segundo os quais o ensino será ministrado<sup>67</sup> (art. 206), estão descritos em sete incisos, não ficando adstritos a esses, contudo. A igualdade de condições para o acesso e permanência na escola significa a universalização do ensino, permitindo a todos, de igual modo matricular-se, com o oferecimento de todas as condições necessárias para o aprendiz chegar ao final do programa. A liberdade de cátedra vem assegurada no inciso II do artigo 206, dada a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Alexandre de Moraes afirma que “(...) a liberdade de cátedra é um direito do professor, que

---

basta nem a simples formação de profissionais nem a dedicação exclusiva à pesquisa, ou em outras palavras, a universidade não se limita a uma missão mas assume várias que se integram no papel institucional de impulsionar a cultura à altura do seu tempo”. Repetimos que José Ortega y Gasset se referia ao papel da universidade no desenvolvimento da sociedade espanhola da época, mas entendemos perfeitamente possível vislumbrar que, a rigor, falava ele da educação como um todo, observando-se que as possibilidades de frequentar os bancos escolares e receber educação e ensino aprimorados eram diminutas e se circunscreviam às elites espanholas. Portanto, ver o papel da universidade nesse contexto é ver – hoje – o papel da educação, nela incluída o ensino, como veremos. A mesma advertência foi feita por Jaques Delors, ainda que afirmando a fé no essencial papel da educação para o contínuo desenvolvimento dos povos, individualmente considerados ou como sociedade. Mas acrescenta: “Não como um ‘remédio milagroso’, não como um ‘abre-te sésamo’ de um mundo que atingiu a realização de todos os seus ideais, mas entre outros caminhos e para além deles, como uma via que conduza a um desenvolvimento humano mais harmonioso, mas autêntico, de modo a fazer recuar a pobreza, a exclusão social, as incompreensões, as opressões, as guerras (...)” (*Educação: um tesouro a descobrir*, p. 11).

<sup>67</sup> Note-se que a redação usa o vocábulo *ensino* e não *educação*, voltando-se pois à instrução escolar, segundo nosso entendimento.

poderá livremente exteriorizar seus ensinamentos aos alunos, sem qualquer ingerência administrativa, ressalvada, porém, a possibilidade da fixação do currículo escolar pelo órgão competente”<sup>68</sup>. De fato, o professor não pode pretender ensinar aquilo que entende pertinente, ao seu exclusivo talante. A liberdade é de ensinar, de transmitir, de exteriorizar seus pensamentos aos alunos, não de fixar conteúdos<sup>69</sup>. Até como decorrência das liberdades atrás declaradas, está o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, fixada no inciso III, ao lado de princípio segundo o qual devem coexistir as instituições públicas e privadas de ensino, impossibilitando o monopólio de qualquer delas. Todavia, impõe-se interpretação que leve em consideração o conjunto das disposições constitucionais relativas a esse tópico. Dessa maneira, embora possa não parecer, a opção primeira é pelo ensino público e gratuito, dado que, no *caput* do artigo 205, o Estado chamou para si o dever de propiciar a educação, exercido também pela família e com a colaboração e incentivo da sociedade. Se o Estado chamou para si o dever, esse deve ser em estabelecimentos oficiais e na forma determinada no inciso IV do artigo 206: gratuitamente. Apenas subsidiariamente a iniciativa privada atuará nesse campo, já que a opção da Constituição foi pela educação como dever do Estado.

A seguir, vem o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, sem nenhuma discriminação quanto a ensino fundamental, médio ou superior, ou outro qualquer, existindo contudo expressa exceção na norma do artigo 242 da Carta, permitindo o ensino pago para as instituições de ensino, estaduais ou municipais (portanto, de ensino fundamental, médio ou superior), criadas por lei até a data da promulgação da Constituição e que não sejam, total ou preponderantemente, mantidas com recursos públicos. É muito

<sup>68</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 644.

<sup>69</sup> Nesse sentido, ainda que no regime da Constituição de 1967, mas aplicável por semelhança das situações fáticas e jurídicas, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal: “A liberdade de comunicação de conhecimento no exercício do magistério, assegurado pelo artigo 176, parágrafo 3º, VII, da Constituição, não impede o departamento de fixar diretrizes gerais para o conteúdo do programa, pois a regra diz respeito à maneira de ensinar, não à delimitação da matéria a ser ensinada.” (STF – RE n. 85.999/RS, 2ª Turma, rel. Min. Cordeiro Guerra, *DJU*, de 16.6.1978,

relevante esse princípio, segundo entendemos, porque vez por outra se ouve aqui e ali, de uma ou outra autoridade governamental, a *necessidade* de introduzir a cobrança no ensino público. Por defendermos o entendimento segundo o qual o direito a educação – como um todo – é direito fundamental individual, como já nos referimos pouco atrás, pensamos ser inviável a alteração constitucional necessária, cláusula pétrea que é todo o capítulo relativo à educação. Esse mesmo artigo traz outras duas disposições relativas ao ensino, referindo-se ao ensino da História do Brasil e a localização do Colégio Pedro II.<sup>70</sup>

É importante assinalar ainda a valorização dos profissionais da área, princípio sobre o qual se assenta o ensino de maneira geral, ficando garantidos e condicionados à lei os planos de carreira para o magistério público, piso salarial para a categoria e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos. Essa redação decorre da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. No original, havia previsão assegurando o regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União. Princípio relacionado a esse é o que dispõe sobre a gestão democrática do ensino público, na forma da lei, permitindo que dirigentes, corpos docentes e discentes participem das decisões a ele relativas, obviamente condicionadas ao que dispõe a lei.

Por fim, no que toca aos princípios gerais do ensino, o inciso VII é importante disposição, que impõe a garantia de padrão de qualidade, quer para o ensino público ou privado, tema que, por seus desdobramentos infraconstitucionais, suscita discussões acaloradas, com fortes críticas tanto ao Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES (Lei n. 10.861, de 14 de abril de 2004),

---

*Ementário* v. 1.100-02, p. 664). Cita ainda acórdãos no mesmo sentido: ERE n. 85.999/RS, Tribunal Pleno, *DJU*, de 25.2.1980, *Ementário* v. 1.160-01, p. 404. Também: *RTJ* 93-01, p. 214.

<sup>70</sup> “Artigo 242 - O princípio do artigo 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data de promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos. § 1º - O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro. § 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.”





como às já passadas avaliações de condições de oferta e exame nacional de cursos (atualmente ENADE, anteriormente conhecido por *provão*), detalhado na *abrogada* Lei n. 9.131, de 24 de novembro de 1995.

O dever do Estado em relação a educação deve ser efetivado obedecendo às garantias oferecidas aos indivíduos, consubstanciadas em ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos, inclusive para aqueles que não tiveram tal oferecimento na idade própria; em língua portuguesa, salvo em relação às comunidades indígenas, que poderão utilizar também suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem; bem como o ensino religioso, de matrícula facultativa (art. 210, §§ 1º e 2º), oferecendo-lhes programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (inc. VII), dado que não basta disponibilizar a sala de aula, mas necessário dar condições efetivas para se promover o ensino fundamental. É a universalização do ensino fundamental combinada com a progressiva universalização do ensino médio (inc. III do art. 208). Previu o Texto a responsabilização da autoridade competente, no caso de descumprimento da obrigatoriedade de oferecimento de ensino fundamental, na forma disposta na Constituição, bem assim o dever de incentivar e acompanhar a frequência, zelando para isso também com os pais. Nesse particular, foi editada a Lei n. 10.287, de 20 de setembro de 2001, que altera o inciso VII do artigo 12 da Lei n. 9.394/96 (LDB). Determina a lei modificadora que o inciso terá a seguinte redação, *in verbis*: “notificar ao Conselho Tutelar do Município, ao juiz competente da Comarca e ao respectivo representante do Ministério Público a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de cinquenta por cento do percentual permitido em lei”. Na redação original, os estabelecimentos de ensino tinham a obrigação de informar apenas aos pais ou responsáveis. Agora, com a notificação dos órgãos mencionados, certamente estará melhor atendido o espírito da Constituição.



Previu-se ainda a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências, afirmando-se claramente a opção constitucional pela educação inclusiva. Também se cuidou do atendimento às crianças de zero a seis anos, em creches e pré-escolas, mais uma vez apontando na direção, segundo a qual educação como dever do Estado é mais abrangente que o mero ensino, porque ninguém dirá que creche é escola, ao menos no sentido material. A obrigatoriedade de oferecimento, conquanto não encontre expressa previsão, como no caso do ensino fundamental, hoje está clara, inclusive por decisão judicial<sup>71</sup>. A progressão aos níveis mais elevados se dará segundo a capacidade de cada um, e será ofertado ensino noturno regular, adequado às condições do educando, é dizer, respeitando-se a diferença entre aquele que recebe a educação após ter trabalhado o dia todo.

De seu turno, à iniciativa privada foi conferida liberdade para atuar no ensino, condicionada contudo, ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Cabe aqui dar relevo novamente às críticas que são feitas ao Ministério da Educação e às suas avaliações. Sem prejuízo da pertinência de algumas delas, insta deixar claro que a Constituição realmente quis dar à União (Ministério da Educação e Conselho Nacional de Educação) e aos Estados (Conselhos Estaduais de Educação) o poder fiscalizatório ao setor, sobretudo em relação à avaliação de qualidade, ponto que, de resto, é princípio geral da ministração de ensino.<sup>72</sup>

No que tange à autonomia universitária, elevada ao *status* constitucional por força do artigo 207, nota-se que gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, devendo todavia obedecer ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Com efeito, a

---

<sup>71</sup> STF – RE n. 436.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 7.11.2005.

<sup>72</sup> O Supremo Tribunal Federal, julgando mandado de segurança impetrado pelo Instituto Educacional Anapolino contra ato do Presidente da República (Ato n. 1, de 1º.2.2002, *DOU*, de 15.2.2002), decidiu que as instituições privadas de ensino estão submetidas ao poder fiscalizatório do Ministério da Educação e Cultura, indeferindo a segurança. (STF – MS n. 22.412-6, Tribunal Pleno – Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>).



universidade deve não só transmitir o saber, como ir em busca dele, pesquisando. Deve ainda devolver à sociedade e à comunidade externa, na forma de atividades de extensão, parcela daquilo que adquiriu como conhecimento. Depois de discorrer sobre esse tema, Nina Beatriz Ranieri conceitua: “A autonomia universitária consiste em poder derivado funcional, circunscrito ao que é próprio à entidade que o detém e limitado pelo ordenamento geral em que se insere, sem o qual, ou fora do qual, não existiria”<sup>73</sup>. Essa autora<sup>74</sup> examina com profundidade o tema e suas implicações, sobretudo nas universidades públicas, cabendo lembrar que, relativamente às universidades privadas, conflitos freqüentes existem entre elas e suas mantenedoras, tal qual em relação às universidades públicas e aos governos. Ainda em relação às universidades, convém ressaltar que o constituinte derivado solucionou antiga dúvida sobre a possibilidade ou não de contratação de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, estando agora, por força dos parágrafos 1º e 2º acrescentados ao artigo 207 pela Emenda Constitucional n. 11, autorizada também para as instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Ressaltamos as disposições de inegável conteúdo prático que se revelam nos incisos trazidos pela Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, autorizando a intervenção da União nos Estados e Distrito Federal, e dos Estados nos Municípios, caso deixem de aplicar o mínimo exigido da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Essas disposições encontram estreita relação com a norma do artigo 212 da Carta Política, que determina à União a aplicação de não menos de 18%, e aos Estados, Distrito Federal e Municípios, não inferior a 25% da receita resultante de impostos, inclusive transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Essa disposição é exceção à regra do artigo 167, inciso

---

<sup>73</sup> RANIERI, Nina Beatriz, *Educação superior, direito e Estado*: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96). São Paulo: Edusp; Fapesp, 2000. p. 220.

<sup>74</sup> Nina Beatriz Ranieri é também autora de outra importante obra sobre o assunto, editada pela Edusp: *Autonomia universitária*. Também é autora do artigo *Aspectos jurídicos da autonomia universitária no Brasil*, publicado na *Revista CEJ*, Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano 9, n. 31, p. 19-30, dez. 2005.



IV da Constituição, que veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada, dentre outros, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para a manutenção e desenvolvimento do ensino.

A concreta possibilidade de intervenção federal ou estadual, conforme o caso, se não aplicado o mínimo previsto no ensino, como permite a Constituição, mostra que a educação é – efetivamente – prioridade em nosso país. A intervenção é medida de absoluta exceção, em que é autorizada uma pessoa imiscuir-se na autonomia da outra, que sofre a intervenção, para que seja garantido o respeito à Carta Política, em todo território nacional. É medida extremada e conduz-se por rigoroso e formalíssimo processo, chegando a obstar o andamento de todas as propostas de emendas à Constituição que estiverem em andamento no Legislativo, evitando assim que seja ela emendada em período de tamanha turbulência política. Não obstante a gravidade da medida, e como contraponto à importância da educação, ao lado das ações da saúde, determina-se a intervenção, se não houver aplicação do mínimo previsto na prioritária atividade.

Finalmente, uma palavra sobre o artigo 214 da Constituição, referindo-se à determinação de edição de lei a estabelecer o plano nacional de educação, com duração plurianual e que vise à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público, devendo conduzir à erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade de ensino, formação para o trabalho e promoção humanística, científica e tecnológica do país. O plano nasce com a Lei n. 10.172, de 10 de janeiro de 2001, consistindo num complexo diploma normativo com apenas sete artigos e poucos parágrafos, mas com volumoso anexo, no qual são detalhados os pontos mencionados no corpo da lei. Esse anexo contém uma introdução, incluindo histórico, objetivos e prioridades. Depois, trata dos diversos níveis de ensino – educação básica, fundamental, média e educação superior. Cuida das modalidades de ensino, como a educação de jovens e adultos, educação à distância e tecnologias

educacionais, educação tecnológica e formação profissional, educação especial e indígena. Fala ainda do magistério da educação básica, inclusive formação dos professores e valorização do magistério; cuida do financiamento e da gestão e, finalmente, do acompanhamento e avaliação do plano. O anexo traz um elenco de 26 tabelas que ajudam a compreender a educação no Brasil.

Dentre os pontos mais relevantes do plano, estão: alfabetizar 10 milhões de jovens e adultos em cinco anos e erradicar o analfabetismo até o final da década; ampliar as oportunidades de acesso à educação profissional e, relativamente às universidades, por meio dos cursos sequenciais de formação específica e daqueles de graduação tecnológica; promover a revisão dos cursos de formação para professores e, finalmente, mas não menos relevante, promover a oferta de educação superior, até o final da década, para 30% da população entre 18 e 24 anos.

Apontados os elementos particulares e essenciais da educação na Constituição, examinaremos a relação do Estado com a educação.

### **1.3 Estado e educação**

Como visto, o artigo 205 da Constituição dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Logo depois, o artigo 208 impõe ao Estado um papel fundamental na efetivação do direito, inclusive incumbindo-lhe de oferecer o ensino fundamental obrigatório e gratuito, dentre outras obrigações. Por outro lado, também o Texto Maior confere liberdade para a iniciativa privada oferecer o ensino, desde que cumpram as normas gerais da educação nacional e sejam autorizadas e avaliadas pelo Poder Público. É intuitivo que ao Estado foi conferido um extenso leque de competências, tanto legislativas quanto materiais, isso comprovado pelo teor do inciso XXIV do artigo 22, incisos V e XII do artigo 23, inciso IX do artigo 24 e inciso VI do artigo 225, todos da Constituição. Anote-se que, caso o destinatário da educação seja criança ou adolescente, o Estado, assim como a

família e a sociedade, deverão cumprir os preceitos educacionais *com absoluta prioridade*, como manda o artigo 227 da Constituição.

O Estado, por qualquer de suas pessoas políticas, tem o dever de garantir o amplo acesso à educação, além de disciplinar normativamente o ensino. Tratamos desses tópicos ao falar sobre a educação na Constituição e quanto à efetividade do direito à educação. Mas não é só isso que cabe ao Estado, pois lhe compete envidar esforços no sentido de fazer a criança permanecer na escola, bem como oferecer oportunidades de educação ampla para todos. Desse mister, o Estado se desincumbe adotando políticas públicas que garantam os resultados almejados.

É preciso, não obstante, analisar com maior profundidade o atual papel do Estado na definição das políticas públicas na área da educação, demandando prévias considerações acerca do desenvolvimento histórico do Estado e, conseqüentemente, do direito, sob um prisma não olhado até aqui. Para isso, entendemos necessário, em primeiro lugar, compreender o caminho percorrido, desde o surgimento do Estado, depois sua adjetivação para o bem-estar social, a partir do início do século passado, até o panorama atual, que se caracteriza pela tendência de enxugamento das atividades exercidas diretamente pelo Poder Público. Para tanto, pretendemos recuperar de forma bastante breve o nascimento do Estado, dos direitos sociais, entre os quais figura o direito a educação, e mostrar o modo como o Poder Público cuidou deles no decorrer da história.

Como dissemos, o Estado, tal como o conhecemos hoje, surgiu da luta pela consagração de determinados direitos que tolhessem o poder absoluto que até então detinha. Com efeito, a queda do sistema feudal de produção e do absolutismo trouxe consigo a idéia de que era mister um complexo de direitos aptos a garantir a liberdade individual dos particulares, dando-lhes segurança, bem como um sistema que possibilitasse a influência deles no exercício do poder estatal. Buscava-se,

portanto, uma estrutura em que se equilibrassem dois fatores: a autoridade do Estado – até então absoluta – e a liberdade individual dos particulares.<sup>75</sup>

Nesse contexto, impende ressaltar a extraordinária influência do aparecimento e desenvolvimento dos que seriam os primórdios do sistema capitalista, no processo de transição de um modelo estatal para outro. A burguesia<sup>76</sup> necessitava se cercar de garantias legais de que o Estado não influiria em suas relações econômicas de maneira arbitrária, inviabilizando todo o sistema econômico de mercado.

Diante disso, e sob influxo decisivo do Iluminismo, nasce, dessa luta contra o absolutismo, o Estado Democrático, por meio de três movimentos: a Revolução Inglesa, influenciada por Locke; a Revolução Americana, que culminou com a Declaração de Independência das treze colônias americanas; e a Revolução Francesa, cujos princípios de caráter universal foram consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sob influência de Rosseau<sup>77</sup>. É nesse

---

<sup>75</sup> Segundo Darcy Azambuja: “É necessário, portanto, que sejam traçados limites para o exercício da autoridade pelo Estado e para o gozo da liberdade pelos indivíduos. Traçar esses limites é função precípua do Direito, e como devam ser claros, e conhecidos por todos, para serem respeitados, as leis os declaram expressamente.” (*Teoria geral do Estado*. 37. ed. São Paulo: Globo, 1997. p. 153).

<sup>76</sup> Observa José Damião de Lima Trindade: “Decididamente, a sociedade feudal não combinava com as possibilidades que os burgueses viam diante de si. Os laços senhoriais e a ideologia que os legitimavam eram camisas de força para a expansão do mercado, crescimento do trabalho assalariado, florescimento da produção de mercadorias – enfim, para o maior enriquecimento desses empreendedores plebeus das cidades. Essa nova classe social tinha, pois, boas razões para ver com olhos de interesse as reivindicações dos camponeses, porque também sentia, a seu modo, as amarras do feudalismo (...). Esse conjunto de contradições internas ao modo de produção feudal foi seu elemento dinâmico de transformação. Os camponeses continuaram se rebelando, o comércio seguiu se desenvolvendo, as cidades crescendo, conquistando autonomia e se diversificando socialmente, a burguesia se fortalecendo, a nobreza e o clero perdendo terreno (ao menos no plano econômico).” (Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 32).

<sup>77</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 129.

panorama histórico-social, de grande opressão sobre os cidadãos por parte do Estado, que se consagram os direitos do homem denominados de primeira geração.

Todavia, as liberdades conquistadas não foram suficientes para promover a necessária justiça social. De fato, o neutralismo do Estado Liberal inaugurado após a Revolução Francesa acabou por acarretar injustiças. É que, embora o Estado não mais se imiscuísse exageradamente na esfera de liberdade dos particulares, dando-lhes a reclamada segurança jurídica, o sistema capitalista encarregou-se de piorar as já existentes desigualdades sociais, sobretudo no contexto da Revolução Industrial, impondo o surgimento de outro modelo de Estado.

Esse novo figurino de Estado, surgido com o escopo de dar efetividade às garantias deferidas formalmente aos cidadãos, buscava conciliar o sistema capitalista, como modo de produção, e o bem-estar social de todos os homens. Não era mais tolerável<sup>78</sup> o caráter excessivamente individualista das declarações do século XVIII, que se resumiam a buscar proteger o indivíduo contra as ingerências indevidas do próprio Estado. Era mister que, além da consagração dessas garantias, fossem deferidos meios de exercê-las a todos os cidadãos. Em função do tema central do trabalho, ficaremos apenas com referências às necessidades de atender às preocupações sociais<sup>79</sup>, lembrando da Constituição mexicana de 1917, a

---

<sup>78</sup> José Damião de Lima Trindade complementa: “O discurso dos direitos humanos, de plataforma generosa e universal, como a burguesia o apresentara quando necessitava mobilizar o entusiasmo e a energia do povo, muito rapidamente se convertera em ideologia legitimadora de uma nova dominação social. Na medida em que passara de revolucionária a conservadora, a burguesia impusera, desde o triunfo de 1789, sua versão de classe dos direitos humanos. Essa versão embutia a contradição óbvia entre liberdade (burguesa) e igualdade, conferindo aos direitos humanos a função social de preservação do novo domínio. Não tardaria para que isso fosse percebido e formulado no plano conceitual. Mas, primeiramente, essa inquietação se manifestou no terreno da prática social: de modo confuso, movidos mais pelo desespero do que por uma consciência socialmente organizada, o proletariado emergente da Revolução Industrial e as camadas sociais que lhe eram próximas começaram a engendrar caminhos próprios de autodefesa.” (Anotações sobre a história social dos direitos humanos, cit., p. 114).

<sup>79</sup> Conforme Paulo Bonavides: “O Estado aparece doravante como o aliado, o protetor dos novos valores, ao passo que a Sociedade figura como o reino da injustiça, o estuário das desigualdades. De tudo isso se pode inferir, conforme disse Huber, que o Estado de Direito foi um produto da Revolução Burguesa enquanto o Estado Social é um produto da sociedade industrial. Com o Estado social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-





Constituição de Weimar de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, bem como da primeira Constituição Soviética do mesmo ano, e a Carta do Trabalho, promulgada no Estado fascista italiano em 1927<sup>80</sup>. Os direitos sociais nasceram, portanto, da necessidade de o Estado promover políticas públicas em favor dos mais carentes, dos hipossuficientes.

Retomadas essas idéias, podemos prosseguir no tema proposto, focando o Estado e as políticas públicas pertinentes e que visam atender aos denominados direitos de segunda geração, entre os quais se inclui a educação. Essa sua natureza jurídica não pode ser olvidada no momento da definição das políticas públicas estatais nessa área de atuação, porquanto deve ter influência decisiva na postura do Estado, como se demonstrará adiante.

A atuação do Estado como provedor de serviços, fortemente aumentada após o fim da Primeira Guerra Mundial, exacerbou-se, em larga medida em função do crescimento extraordinário da massa populacional nas cidades. A ausência de estrutura suficiente nas cidades, aptas a receber pessoas de modo geral, e a mão-de-obra crescente em especial, ocasionaram novas demandas do Poder Público. Com efeito, o desemprego, por exemplo, surgiu como distúrbio social nesse momento histórico de luta social e política dos assalariados contra os supostos defeitos do processo econômico. Nessas circunstâncias, os Estados capitalistas foram forçados a centrar suas atenções nas demandas sociais, atendendo, ao menos, às necessidades primárias de seus cidadãos (sobretudo dos excluídos do mercado capitalista).

Os indivíduos deveriam ser investidos, em alguns casos até mesmo desde o berço, em determinados direitos que lhes garantissem o bem-estar durante toda a vida. Passou-se a ver o Estado como o ente encarregado de providenciar aos seus

---

confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a sociedade.” (*Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 345).

<sup>80</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 30.





educação, saúde, trabalho, subsistência digna, etc. Esse dever estatal seria a contrapartida do dever do cidadão de recolher tributos, cumprir a lei, conviver harmonicamente em sociedade, enfim, obviamente atendendo aos interesses dos detentores do poder. Dessa maneira, a idéia central do Estado do Bem-estar Social residia na manutenção equilibrada de um sistema econômico em que se colocam duas tendências completamente contraditórias: a acumulação de renda por alguns e, de outro lado, a pretensão dos trabalhadores de uma vida digna, livre e protegida das vicissitudes freqüentes e certas, produzidas pelo sistema econômico.

Portanto, um Estado totalmente direcionado às necessidades individuais deu lugar a outro modelo, no qual cabia ao próprio Estado suprir as necessidades sociais dos indivíduos, o que acabou gerando no campo econômico o antagonismo comunismo-capitalismo, com custos econômico-financeiros enormes, quer nos países comunistas, quer nos capitalistas. Depois dos anos 90 e da alteração substancial do panorama econômico mundial, aos Estados capitalistas não se mostrava mais necessária a manutenção da cara máquina do *welfare state*<sup>81</sup>. Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“Após o desmantelamento do modelo econômico do bloco soviético (o antigo ‘segundo mundo’), opera-se a desarticulação do Estado de Bem-estar Social nas economias centrais do bloco capitalista (o antigo ‘primeiro mundo’) e dos seus incipientes rascunhos nas economias periféricas deste bloco (alguns países do antigo ‘terceiro mundo’). Numa palavra, constata-se que o Estado capitalista está procurando readquirir um perfil liberal.”<sup>82</sup>

Tiveram início então uma série de discussões no plano econômico, político e jurídico acerca das funções do Estado. Passou-se a propor a redefinição de suas funções precípuas, com o propósito de reduzir sua atuação direta, desde a

---

<sup>81</sup> Kiyoshi Harada comenta: “Após o término da Segunda Conflagração Mundial, no último quartel do século XX, iniciou-se o fenômeno do agigantamento do Estado, que passou a ser cada vez mais intervencionista, na tentativa de reorganizar a economia, notadamente dos países derrotados, já que o setor privado mostrava-se absolutamente impotente para a retomada do desenvolvimento econômico. Como consequência do Estado-previdência, do Estado-intervencionista, as finanças públicas atingiram dimensões consideráveis (...).” (*Direito financeiro e tributário*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 35).

intervenção na atividade econômica (empresas estatais), até o provimento dos direitos sociais (saúde, educação, seguridade social etc.).

O Estado, por conseguinte, deixaria de ser provedor e atuante para tornar-se apenas gestor e regulador. Não seria mero produtor de normas jurídicas, mas não chegaria ao Estado de Bem-estar Social, isto é, não teria por escopo prover diretamente determinados direitos sociais. É nesse novo modelo econômico-jurídico que se insere o tema de políticas públicas. Com efeito, a mudança de percepção quanto ao papel do Estado tem como consequência a necessidade de uma nova concepção da Administração pública, a quem incumbe gerir a máquina pública. A transferência de tarefas que anteriormente eram carreadas ao Estado para a iniciativa privada inaugura um novo modelo na relação entre Estado e particulares. Com efeito, nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, essa redefinição, que pode ser voluntária ou imposta pelas circunstâncias mundiais, impôs redefinir também o papel da Administração Pública, ou por outra, a máquina ou aparelho que faz funcionar ou executa a atividade material, no âmbito interno do Estado. E segue a autora:

“A transferência de parte dessa atividade material para a iniciativa privada passou a exigir que se reconfigurassem as formas de relacionamento da Administração com aqueles que passaram a se ocupar dela, fosse revendo o regime de concessões de serviços públicos, bem como as formas de descentralização e desconcentração de atividades, fosse criando um novo estatuto para os serviços e atividade privatizados, fosse conferindo um perfil jurídico aos novos modos de compartilhamento de responsabilidades, genericamente reunidos sob a palavra ‘parceiras’.”<sup>83</sup>

Nesse contexto, surge no Brasil a chamada reforma administrativa, realizada pela Emenda Constitucional n. 19/98, cuidando de fenômeno importado de países europeus, fundamentado no argumento de ser necessário reconhecer que

---

<sup>82</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 5.

<sup>83</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

os instrumentos de contenção do poder, criados pelo Direito Administrativo clássico, não se coadunam com a dinâmica da sociedade moderna. Passou-se a defender a contenção da normatização excessiva da vida administrativa, atendendo à necessidade de recolocar os países em situação competitiva na economia mundial. Em nome de conferir maior eficiência à prestação de serviços, tradicionalmente carreados ao Poder Público, operou-se um programa de privatização dos serviços de água, saneamento, limpeza pública, produção e distribuição de energia e gás, telecomunicações etc., a despeito de eminentes opiniões em sentido contrário a essa onda.<sup>84</sup>

O Brasil importou esse modelo de reforma, conforme se infere da análise da referida Emenda Constitucional, cujos fundamentos se assentam, essencialmente, no princípio da eficiência, inserido no *caput* do artigo 37 da Carta. Entretanto, na pertinente observação de Maria Paula Dallari Bucci, a reforma administrativa brasileira ocorreu “de fora para dentro” e numa visão transnacional e em obediência do país às diretrizes e métodos ditados pelos organismos financeiros internacionais:

“Assim, para nós, além de todos os efeitos internos, a reforma do Estado e, dentro dela, a reforma administrativa, vieram, entre outras coisas, marcar a condição de fraqueza do Estado brasileiro, a sua impossibilidade de determinar rumos próprios, em face da submissão aos parâmetros dos organismos internacionais (FMI, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio etc.) e em face dos interesses econômicos transnacionais, que condicionaram a forma e o processo de privatização de empresas estatais.”<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Por todos, ver Celso Antônio Bandeira de Mello: “Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobreposse entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em despeito dos dizeres da Constituição – chegou-se a apregoar o fim da noção de serviço público e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano. Os que disto se fizeram arautos cumpriram, em sua maioria sem aperceber, o papel de massa de manobra para a portentosa campanha de *marketing* conduzida pelos organismos financeiros internacionais manejados pelos países cênicos, nos quais, para penetrar livremente nos mercados dos países emergentes e praticar o ‘vampirismo econômico’, foram elaborados os motes ‘globalização’ e ‘reforma do Estado’, em termos que lhes facilitassem os objetivos.” (*Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 630).

<sup>85</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 30.



A idéia de eficiência da Administração Pública mudou de foco. Ela deixou de representar o bom cumprimento dos propósitos do Estado-providência, sob o fundamento de que o custo disso estava prejudicando a competitividade, no mercado econômico globalizado, das empresas nacionais, encarregadas de pagar os tributos que subsidiavam esses direitos sociais. Operou-se então um enxugamento das atividades promovidas diretamente pelo Estado, em algumas de suas tradicionais áreas de atuação, as quais foram transmitidas a particulares, por meio de contratos de concessão.

Ao Poder Público restou a função de gerenciar e regulamentar essas atividades, em vez de promovê-las diretamente por seus órgãos. Nesse contexto, criaram-se ainda alternativas de atuação conjunta entre o Estado e a sociedade civil, em áreas de relevo social como a educação, a saúde etc., como ocorre, por exemplo, nos contratos de gestão celebrados pelo ente público com as organizações sociais ou com as organizações sociais de interesse público. É nesse novo ambiente que pretendemos inserir o tema das atuais políticas públicas estatais.

Para nós, os interesses econômicos tiveram forte influência nas mudanças verificadas no chamado mundo globalizado, alterando significativamente a correlação de forças políticas e sociais. A questão que se emoldura para debate no presente tópico diz respeito ao atual papel do Estado, particularmente quanto ao direito à educação, considerando essa sua nova concepção, por alguns denominada de neoliberalista. Pode o Estado abster-se de prestar serviços de educação ao povo, ou passar esse mister às mãos dos particulares, diante do atual sistema jurídico-constitucional? Em outras palavras, as políticas públicas estatais na área de educação devem ser centradas em atividades a serem desenvolvidas diretamente pelo Estado? Ou, de outro lado, cumpre ao Estado transferir a prestação de serviços educacionais à iniciativa privada, de modo a enxugar ainda mais suas funções, seguindo a ideologia neoliberal?

De plano, cumpre ressaltar que, em vista dos variados dispositivos constitucionais que consagram como dever do Estado – embora não exclusivamente dele – o oferecimento de educação, ela não pode ser objeto de mera regulamentação e gerenciamento. Conquanto não se impeça a atividade privada na área da educação (art. 209 da CF), ao Estado cumpre também prestar diretamente educação à sua população.

Isso porque se cuida de atividade que o ordenamento jurídico não permite que fique relegada simplesmente ao talante da livre iniciativa dos particulares. Daí o Estado assumir para si tal atividade, por ter o dever de prestá-la, com o escopo de satisfazer às necessidades do grupo social, tidas como fundamentais em determinada época e lugar. O regime jurídico do direito à educação tem o propósito de garantir proteção aos relevantes interesses coletivos nele inseridos, de modo a facilitar-lhes a viabilização, seja contra particulares ou contra o próprio Estado. Com efeito, conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, “há cinco espécies de serviços que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços: 1) de educação; 2) de saúde; 3) de previdência; 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora e de sons e imagens (...)”<sup>86</sup>. O afirmado encontra alicerce no disposto nos artigos 6º, 205, 208, 211 e 213, no que diz respeito especificamente a educação. O primeiro dispositivo a consagra como um dos direitos sociais, categoria inserida na de direitos fundamentais do homem (os de segunda geração, na espécie), sobre cuja relevância se mostra despidendo tecer comentários suplementares.

Cumpra todavia lembrar que o escopo dos direitos sociais é conferir melhores condições de vida aos indivíduos. Eles têm, pois, um laço íntimo com o direito à vida (art. 5º, *caput*) e com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). De fato, esvaziar-se-ia substancialmente o primeiro se não fossem

---

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 18. ed., 2005, p. 646.

garantidos o trabalho, a educação, a saúde, a moradia etc., porquanto se trata de elementos absolutamente essenciais à existência do indivíduo.

Nesse contexto – relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana – cabe dar ênfase à relevância inquestionável do direito à educação. Ele, se de um lado, é pressuposto para o desenvolvimento sócio-econômico do país, de outro, numa perspectiva mais individualista, é requisito básico para uma vida digna com desfrute dos direitos essenciais garantidos pela Constituição. O Estado tem o dever jurídico não só de regulamentar e fiscalizar as atividades educacionais, como oferecer diretamente ensino de qualidade, jamais se permitindo a omissão nessa seara. Antônio Ermírio de Moraes afirma com veemência:

“Sem educação não há esperança. Os próprios dados indicam isso. As pessoas pouco educadas amargam longos períodos de desemprego na atual sociedade de conhecimento, cujos trabalhos exigem mais neurônios do que músculos. A educação é a mola do progresso. A sua falta é a causa do atraso. Vejam este dado: as meninas que têm menos de oito anos de estudo são as mais atingidas por gravidez indesejável e também as que mais perdem seus filhos por doenças banais. É isso mesmo. A mortalidade dos filhos de mães pouco educadas é mais do que o dobro das que têm mais educação.”<sup>87</sup>

Daí serem preocupantes os altos índices de analfabetismo apresentados pelo país. A situação piora quando se leva em conta o chamado analfabeto funcional, isto é, aquela pessoa que, apesar de conhecer as letras e saber escrever o próprio nome, é incapaz de redigir uma singela carta ou compreender um texto simples. No Brasil, são inúmeras<sup>88</sup> as pessoas com essas sérias deficiências no aprendizado. Para efeitos práticos, a distinção entre os dois conceitos – analfabeto e analfabeto funcional – revela-se inexistente, pois são conhecidos os prejuízos do analfabetismo para a cidadania – erigida, cumpre ressaltar, em fundamento da República pela Lei Maior

---

<sup>87</sup> MORAES, Antônio Ermírio de. Mais do que nunca, educação! *Folha de S. Paulo*, 18 abr. 2004. Opinião, Editorial, p. 2.

<sup>88</sup> Antônio Ermírio de Moraes ilustra: “Mas, quando se adentra a área qualitativa, o quadro é outro. Pesquisa realizada pelo Ibope em 2004 e publicada nesta semana – em pleno século 21 – informa que a taxa de ‘analfabetismo funcional’ é de 77%! Apenas 23% dos brasileiros que têm entre 15 e 64 anos conseguem resolver problemas numéricos que exigem cálculos matemáticos e têm

de 1988 (art. 1º, inc. II). Pessoas que não sabem ler têm maiores dificuldades para fazer valer seus direitos. A própria mobilidade social fica comprometida, porquanto os desletrados não terão chance alguma de galgar melhor condição econômica em um mercado de trabalho cada vez mais exigente. O impacto é tão devastador que o analfabetismo é a um só tempo sintoma e causa de pobreza. Filhos de pais analfabetos têm maiores chances de se tornarem também eles analfabetos, num perverso mecanismo de reprodução da miséria. O direito à educação, nesse contexto, é condição *sine qua non* para o efetivo exercício da cidadania pelos indivíduos e conseqüente reversão desse quadro.

Deve-se afirmar que a diminuição das desigualdades sociais, o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o exercício da cidadania passam, inexoravelmente, pela eliminação do analfabetismo e da baixa escolaridade, o que se fará apenas por meio do fiel cumprimento ao direito à educação. Daí a relevância indiscutível dele que, além de encontrar farta previsão na Constituição, relaciona-se com princípios extraordinariamente relevantes e que se encontram na base do sistema jurídico. Aliás José Afonso da Silva afirma:

“O artigo 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o artigo 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula – a educação é dever do Estado e da família –, constante do mesmo artigo, que completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito. Vale dizer: todos têm o direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família.”<sup>89</sup>

Não é à toa, destarte, que a Constituição conferisse tamanha relevância à educação, erigindo-a em dever do Estado. Ela revela-se primordial para desenvolvimento do indivíduo, pois é por seu intermédio que se alcança o preparo

---

domínio da leitura de gráficos, mapas e tabelas.” (Analfabetismo e área qualitativa. *Folha de S. Paulo*, 12 set. 2004. Opinião, Editorial, p. 2).

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 302.





para o exercício da cidadania (art. 1º, inc. II da CF), no seu campo político relativo à participação democrática no exercício do poder do Estado, no âmbito civil tocante às liberdades públicas que põem à salvo o indivíduo de qualquer tipo de arbitrariedade estatal, e ainda na esfera social, que diz respeito às prestações a cargo do Estado em prol do povo, com o escopo de conferir condições de paridade entre todos e cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana, ao oferecer boas condições para o convívio social.

Nesse mesmo passo, a Constituição vê a educação como meio para a *qualificação para o trabalho*, conforme redação do mencionado artigo 205. Cuida-se de outro aspecto bastante relevante desse direito social, sobretudo tendo em vista as atuais condições do mercado de trabalho, que a cada dia torna-se mais restrito e competitivo. O desemprego traz, como sabido, péssimas conseqüências à vida social e familiar do indivíduo. A par do necessário crescimento econômico do país, para o surgimento de novos postos de trabalho, cumpre ao Estado, noutro plano, conferir oportunidade de acesso à educação a todos, dando-lhes igualdade de chances para disputar as vagas. Desse modo, o ensino pode ser o meio de ascensão social dos menos favorecidos economicamente.

A reforçar todos os argumentos anteriormente expostos, a Constituição ainda reafirmou expressamente o dever do Estado em prestar serviços de educação no artigo 208 da Carta Magna, no qual também se disse que tal mister será efetivado mediante a garantia de: a) ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; b) progressiva universalização do ensino médio gratuito; c) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; d) atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; e) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; f) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; g) atendimento ao educando, no



ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

No mais, comprovando a tese de que a educação não pode ser relegada só à livre iniciativa, além de todas as razões jurídicas e sociais mencionadas acima, o parágrafo 1º do referido artigo 208 assevera que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito – que o inciso I do mesmo dispositivo afirma ser o ensino fundamental – constitui direito público subjetivo, cujo descumprimento enseja responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º da CF). Logo, infere-se inexoravelmente que se trata de um dever essencial do Estado prestar educação, sem que possa desincumbir-se desse mister pela transferência pura e simples à iniciativa privada.

Sob outra perspectiva, mas também a afirmar que a prestação de educação reveste-se da natureza de serviço público, a própria Constituição da República confere ao ensino ministrado na rede oficial prevalência em relação ao ensino em instituições privadas. A leitura do Texto Maior conduz à conclusão de que está em primeiro plano a educação promovida diretamente pelo Estado (ensino público) e oferecida gratuitamente. É o que se extrai do *caput* do artigo 205, que confere expressamente esse dever ao Estado e à família *com a colaboração da sociedade*, em conjunção com o disposto no inciso IV do artigo 206, que consagra o princípio da gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais.

A origem da gratuidade no ensino público é explicada por Nina Beatriz Ranieri, para quem a noção de educação pública, ou seja, daquela criada, dirigida ou mantida por autoridades oficiais, sofrendo por isso constante intervenção, é de origem moderna, construindo-se na Europa Ocidental, a partir do século XVI, paralelamente à afirmação da idéia de nação, e em benefício de sua organização, pela possibilidade de garantir a qualidade dos quadros burocráticos do poder constituído, além de contribuir no planejamento e construção do espaço social e,

finalmente, atender à exigência generalizada de participação do indivíduo na sociedade. Afirma a autora: “Consagra-se assim a educação formal, da mais rudimentar à superior, como instrumento de ação política e de interesse do Estado, independente de vir a ser considerada direito individual e social e um bem em si mesma. Nesse sentido, a educação sempre teve natureza pública.”<sup>90</sup>

Ainda segundo Nina Beatriz Ranieri, mesmo diante do Estado Liberal, persistiu o conceito de educação pública, a despeito do ideário do Estado mínimo, que pregava a separação entre sociedade e Estado, em prol da livre iniciativa. Com efeito, na área da educação, a separação entre o público e o privado não era bem definida. É que a crescente industrialização da época exigia que se oferecesse instrução e qualificação aos trabalhadores, o que atendia tanto ao interesse público, quanto ao interesse da burguesia.<sup>91</sup>

No Estado moderno, após a consagração dos direitos sociais nos textos constitucionais e nos documentos internacionais, não resta dúvida da primazia conferida à educação pública, em relação ao ensino privado. Com efeito, erigida a educação à natureza de direito fundamental, não poderia ela ser entregue exclusivamente para a iniciativa privada. Primordialmente, pois, cumpre ao Estado fornecê-la. Esse é o paradigma seguido pela Constituição de 1988 (art. 205, *caput* c.c. os artigos 6º e 206, IV da CF).

Já sob um ponto de vista pragmático, justifica-se a natureza pública da educação, em virtude dos diversos benefícios sociais que ela produz, tais como a erradicação do analfabetismo, o desenvolvimento intelectual com o fim de proporcionar melhores condições de vida ao indivíduo, a formação de pessoas

---

<sup>90</sup> RANIERI, Nina Beatriz, *Educação superior, direito e Estado*: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96), p. 37.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 38.

habilitadas a exercer com competência as ocupações sociais mais complexas ou os cargos do alto escalão do governo, o desenvolvimento científico e tecnológico no país<sup>92</sup> etc. Isso tudo explica o porquê de haver investimento público em educação.

Para desempenhar bem esse ônus imposto ao Estado pelo artigo 205, cujos contornos se acham no artigo 208, cumpre-lhe aparelhar-se adequadamente, a fim de fornecer a todos serviços educacionais em consonância com os princípios consagrados pela Constituição de 1988, em seu artigo 206. Com efeito, a Lei Maior reservou ao Estado o dever de primordialmente prestar educação gratuita (art. 206, IV) e de boa qualidade (art. 206, VII), com base nos princípios da liberdade e do pluralismo (art. 206, II e II), a todas as pessoas em condições de igualdade (art. 5º, *caput* c.c. o art. 206, I), nos estabelecimentos públicos de ensino (art. 205), que devem ser geridos democraticamente (art. 206, VI).

Em suma, diante do regime jurídico dispensado pela Constituição da República à educação – aí incluída prevalência ao ensino público e gratuito em relação ao ensino ministrado pela iniciativa privada (arts. 205, *caput* e 206, inc. IV da CF) – é imperioso concordar com a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a educação se insere entre os serviços “que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem. Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão”<sup>93</sup>. No mais, se a própria Lei Maior consagrou a prevalência de importância ao ensino público, não resta dúvida que o Estado não pode transferir completamente sua prestação aos

---

<sup>92</sup> “Faculdades privadas em geral se limitam a ensinar o aluno. Uma universidade pública faz bem mais do que isso. Além do ensino, ela desenvolve atividades de pesquisa e extensão. Frequentemente, conta com um hospital universitário. Nem os custos nem a formação oferecida pela universidade pública podem ser comparados aos de suas congêneres particulares. A pesquisa é uma atividade cara. Não é casual que as escolas privadas praticamente a ignorem. Cerca de 90% da ciência brasileira é obra de instituições ligadas ao Estado.” (VAGAS estatizadas. *Folha de S. Paulo*, 20 mar. 2004. Opinião, Editorial, p. 2).

<sup>93</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 18. ed., 2005, p. 644.



particulares, seja qual for o meio usado para tanto. José Afonso da Silva, referindo-se aos dispositivos constitucionais que tratam da educação, afirma: “As normas têm, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos. Daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213).”<sup>94</sup>

De todas essas idéias, conclui-se que os serviços de educação, prestados diretamente pelo Estado ou por particulares, configuram serviço público não privativo, que podem ser cometidos à iniciativa privada, mas sempre dependentemente de autorização. Além disso, como se cuida de serviço público, cumpre às prestadoras (inclusive as particulares) do serviço acatar as normas gerais de educação nacional e a avaliação emanadas da União, bem como as dispostas pelos Estados-membros, no regular exercício de competência legislativa suplementar (art. 24, § 2º da CF).

Toda essa sistematização jurídica do direito à educação no Direito positivo tem evidente reflexo nas definições das políticas públicas do Estado nessa área. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de Direito Público, em sentido lato”<sup>95</sup>. Como sabido, toda ação governamental deve ter supedâneo na lei, mercê do princípio da legalidade consagrado na Constituição (arts. 5º e 37). Os parâmetros gerais a serem respeitados na definição das ações estatais na área da educação encontram-se na Constituição, mas outras diretrizes são fixadas em leis federais e estaduais, bem como por seus Conselhos Nacional, Estaduais ou Municipais de Educação.

---

<sup>94</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 303.

Portanto, os *programas de ação governamental* – referidos no conceito sobredito – têm seu berço no Poder Legislativo, órgão estatal representativo da vontade popular, do qual emanam as normas a serem implementadas, concretamente, pelo Poder Executivo e pelos particulares. A atividade parlamentar, como cediço, deverá ater-se aos limites constitucionais, de modo que é proscrito ao legislador infraconstitucional ultrapassar os lindes da competência legislativa que lhe conferiu a Constituição. Assim, sempre pressupondo o respeito aos mandamentos constitucionais, cumpre ao legislador federal editar apenas normas gerais acerca do direito a educação, deixando espaço ao legislador estadual para que exerça plenamente sua atividade legiferante suplementar, atendendo às condições e circunstâncias peculiares de sua região. É o que exige o princípio federativo consagrado no artigo 1º da Carta Constitucional.

Contudo, impende ressaltar que a doutrina tem conferido maior amplitude ao conceito de políticas públicas. De fato, elas não se resumem à mera análise legal, conforme uma visão tradicional. Como esclarece Maria Paula Dallari Bucci:

“O modelo das políticas públicas não exclui o da legalidade, mas convive com ele. Para Charles-Albert Morand, as políticas públicas podem ser incorporadas à lei, se superpor a ela ou se pôr a seu serviço, num quadro em que o direito é cada vez mais desordenado, complexo e movediço. Não obstante, no modelo que estamos propondo, a realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública.”<sup>95</sup>

Políticas públicas, pois, compreendem a discussão do modelo a ser seguido e dos fins a serem buscados, a fixação de regras jurídicas para dar supedâneo à ação estatal e a efetiva implementação dessas ações pelo Poder Executivo. Assim, na definição das políticas públicas, fixa-se uma meta a ser alcançada, com o escopo de lograr melhoria substancial na qualidade da educação. Confere-se maior

---

<sup>95</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 241.

discrecionariedade ao Poder Executivo na definição de seus programas de ação, porquanto, nesse modelo, ele não fica adstrito a um sistema meramente normativista e dedutivo, que importa em redução substancial de sua liberdade de ação, mas a modelos jurídicos abertos que não têm fundamento exclusivamente em regras, mas sobretudo em princípios e objetivos a serem alcançados. Nada disso confronta com as considerações feitas anteriormente acerca do regime jurídico de serviço público da educação, a ser primordialmente prestado pelo Estado, ao contrário, estão no sentido de o Estado promover políticas públicas cujo objetivo seja garantir o acesso a educação de qualidade. Evidentemente, tais metas e objetivos devem atender aos princípios gerais fixados na Constituição para a educação.

Posto isso, figure-se que, por exemplo, tendo em vista que as vagas existentes na rede oficial de ensino superior atualmente são preenchidas quase totalmente por alunos egressos do sistema privado de ensino médio, o qual notoriamente presta melhores serviços de educação do que a rede oficial, o Estado decida implementar uma política pública cujo fim seja democratizar o preenchimento das vagas das universidades públicas.

Diante disso, é possível vislumbrar, como um instrumento de implementar a política pública de democratização do ensino do ensino superior, o sistema de reserva de cotas de vagas para determinadas pessoas. Assim, o Estado, com o propósito de conferir paridade aos alunos da rede pública, por meio de ação afirmativa, reserva uma parcela das vagas aos vestibulandos que estudaram em escolas públicas. O tema é extraordinariamente polêmico, sobretudo quando se trata das chamadas cotas raciais (reserva de vagas para negros e indígenas) e, ultimamente, tem sido objeto de acirradas discussões no país.

Com efeito, há argumentos respeitáveis fundamentando ambas as posições discordantes. Alinhamo-nos àqueles que defendem o manejo das cotas como meio

---

<sup>96</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 255.

de compensação das desigualdades e que buscam arrimo, sobretudo, no princípio da igualdade, em seu sentido material, mas em função da origem econômico-social.

Segundo José Afonso da Silva:

“A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), a veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia do direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material.”<sup>97</sup>

A finalidade da ação afirmativa seria justamente corrigir desvios exagerados, resultantes da desigualdade social ou outros fatores, por meio da concessão de benefícios a grupos específicos. Encontraria respaldo, portanto, no disposto nos artigos 3º, incisos I e III que, respectivamente, prevêm como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade justa e solidária e a erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais, no artigo 5º, *caput*, que consagra o princípio da igualdade.

Com as cotas, reservar-se-ia determinado número de vagas nas universidades públicas para os egressos do ensino médio da rede oficial. Sabendo-se que um grande número dos alunos das universidades públicas é de famílias que figuram entre as economicamente privilegiadas no meio social brasileiro, tendo eles concluído os estudos do ensino médio em escolas privadas, convém a adoção de um instrumento democratizante de preenchimento de vagas nas universidades públicas que, não se pode olvidar, são sustentadas por tributos pagos por todos, inclusive os menos abastados ao consumir produtos que trazem embutido no preço o valor do ICMS, por exemplo pois, atualmente, os egressos da escola pública dificilmente conseguem vagas em instituições públicas de ensino superior.

---

<sup>97</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 207.

A situação se revela mais grave ainda se forem tomados por base os cursos que, ao menos em tese, proporcionam maior retorno financeiro após a profissionalização, como o de medicina, por exemplo. Nessa hipótese, a probabilidade de um ex-aluno do ensino médio da rede pública conseguir uma vaga é ainda menor.<sup>98</sup>

A par das sobreditas *cotas sociais*, que beneficiariam os alunos de baixa renda egressos da rede oficial de ensino, discute-se também o benefício das cotas em prol exclusivamente dos alunos negros de baixa renda, que tivessem cursado o ensino médio em instituições públicas. Nessa hipótese, busca-se arrimo no princípio da igualdade, não só para se compensar a assimetria social extraordinária existente no país, mas também para tentar corrigir a histórica marginalização social dos negros.

Diz-se ainda que esse sistema de cotas (tanto as sociais, quanto as raciais), embora tivesse o efeito ruim de afastar das instituições públicas de ensino superior parte dos alunos vindos das escolas particulares, mantendo-os na seara das escolas particulares, agora de nível superior, teria efeito benéfico a essas últimas

---

<sup>98</sup> José Márcio Camargo e Bruno Ferman comentam: “A probabilidade de aprovação no vestibular aumenta na medida em que cai a demanda (e a renda futura) pela ocupação. Portanto um estudante da escola pública de segundo grau ou entra em um curso cuja taxa de retorno é baixa (devido aos baixos rendimentos dos profissionais formados nesses cursos), ou enfrenta uma pequena probabilidade de ser aprovado no vestibular em uma profissão cuja taxa de retorno é alta. Ou seja, a taxa de retorno esperada do ensino superior para esses alunos é pequena. Nessas condições, o aluno de segundo grau de uma escola pública tem muito menos incentivo para se esforçar, dedicar-se ao estudo e melhorar sua qualificação para entrar na universidade do que o de uma escola particular. Esse é um dos determinantes da baixa qualidade dos estudantes de segundo grau das escolas públicas: falta de incentivo e de motivação. Ao se instituir o sistema de cotas, o resultado será um aumento significativo da taxa de retorno esperada do ensino superior para os alunos dessas escolas e, portanto, um maior incentivo para que se dediquem ao estudo. Um aspecto importante é que as cotas sejam por curso, e não por instituição. O aumento da taxa de retorno esperada do ensino universitário para os alunos cotistas ocorre exatamente porque aumenta a probabilidade de que eles sejam aprovados nos cursos que têm elevada taxa de retorno, que são exatamente os que têm relação candidatos/vagas mais alta.” (Cotas e desigualdade. *Folha de S. Paulo*, 22 jun. 2004. Opinião, Tendências e Debates, p. 3).



instituições porque, ao menos em tese, nelas ingressariam alunos mais bem preparados, melhorando a qualidade das universidades particulares.

Não se pode deixar de considerar, por outro lado, que aqueles que rejeitam a idéia das cotas como meios de compensação das desigualdades, criadas pelas grandes diferenças sócio-econômicas da população do país, buscam arrimo em fundamentos não menos sólidos, tais como a igualdade formal, a necessidade de investimento público na educação, de modo a conferir-lhe alto padrão de qualidade e, sobretudo, no princípio do mérito, que se harmoniza com o regime republicano. Assevera-se, outrossim, que a inclusão de alunos, em tese, menos preparados na rede pública de ensino superior, seria um fator de diminuição do seu padrão de qualidade<sup>99</sup>, em desrespeito ao princípio constitucional consagrado no artigo 206, VII. Os opositores do sistema das cotas argumentam ainda que esse mecanismo estigmatizaria os beneficiados como um grupo de favorecidos que não ostentam condições intelectuais suficientes para o ingresso na universidade<sup>100</sup>. Diz-se, outrossim, que o problema da desigualdade na educação superior deve ser resolvido por meio de expressivo investimento no ensino público<sup>101</sup>, aumentando a quantidade de vagas no nível superior e melhorando a qualidade no médio, bem como instituindo cursos pré-vestibulares gratuitos. Dessa maneira, conferir-se-ia a possibilidade de disputa às vagas, sem prejuízo do necessário e democrático critério

---

<sup>99</sup> Segundo José Márcio Camargo e Bruno Ferman: “O governo enviou projeto de lei ao Congresso reservando 50% das vagas nas universidades federais para alunos que tenham cursado o segundo grau em escolas públicas. Como esses alunos têm, em média, uma formação pior do que os das escolas particulares correspondentes, o efeito imediato das cotas será uma diminuição da qualidade média dos alunos das universidades federais e, portanto, da qualidade do ensino universitário público, o que é bastante ruim.” (Cotas e desigualdade. *Folha de S. Paulo*, 22 jun. 2004. Opinião, Tendências e Debates, p. 3).

<sup>100</sup> Nesse sentido, opinião de Luís Nassif: “Além disso, os beneficiários das cotas isoladas serão definitivamente marcados pelo estigma do ‘incapaz beneficiado’, o que resulta em danos irreparáveis que acabarão atingindo até mesmo negros que não foram beneficiados.” (Um abraço negro. *Folha de S. Paulo*, 10 mar. 2005. Folha Dinheiro).

<sup>101</sup> “Pesquisas mostram que alunos de escolas públicas que conseguiram chegar a universidades igualmente públicas tendem a sair-se melhor do que alunos de colégios privados que entraram em condições assemelhadas. Esses estudos, que ainda precisam de mais confirmações, sugerem que o investimento no ensino público de qualidade deveria receber mais atenção do governo. O papel do Estado é garantir que os interessados possam disputar as vagas em igualdade de condições.” (COTAS econômicas. *Folha de S. Paulo*, 11 abr. 2004. Opinião, Editorial, p. 2).



de mérito, na escolha dos que ingressarão na instituição pública de ensino superior. Não deixam de ter razão, mas isso tudo é insuficiente para afastar a necessidade das cotas, ainda que adotadas provisoriamente.

Relevante se mostra uma outra razão para a não-adoção das cotas raciais; diz respeito ao despropositado tratamento diferenciado que se daria a pobres brancos e pobres negros. Em outras palavras, as dificuldades enfrentadas pelos alunos de baixa renda que cursam o ensino médio nas escolas públicas são as mesmas, independentemente de serem eles brancos ou negros. Daí não haver motivo para o *discrímen* entre eles<sup>102</sup>, de modo que as cotas seriam justificáveis apenas se beneficiassem todos os egressos da escola pública.

De toda forma, critica-se genericamente o modelo de cotas, com base no argumento de que se trata de sistema que foi importado dos Estados Unidos, a despeito de o regime de ingresso nas universidades públicas de lá ser absolutamente diferente do sistema de ingresso daqui. José Goldemberg diz que a cópia de *modismos* é muito comum em países subdesenvolvidos, realizada sem entendê-los ou criticá-los. No sistema brasileiro, o acesso se dá pelo sistema classificatório do exame vestibular, dando oportunidade a todos. Diferentemente, nos Estados Unidos, a escolha de candidatos é feita por um comitê de professores, examinando o currículo do candidato e as notas obtidas nos níveis educacionais inferiores. Assim sendo, “os critérios de admissão não são objetivos, mas dependem da orientação que a escola adota. Em algumas delas, esportes são privilegiados e atletas promissores são preferidos. Em algumas outras, tenta-se garantir uma certa mistura

---

<sup>102</sup> Observa José Joaquim Gomes Canotilho: “Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objectivo. Este costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.” (*Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 565).



entre grupos étnicos – particularmente negros – ou estudantes de famílias de nível de renda diferente, a fim de assegurar a presença dos mais pobres”.<sup>103</sup>

Observe-se portanto que, apresentados os dois lados da questão e alinhavados seus principais argumentos, o equacionamento do problema não se mostra de fácil deslinde. O mero cotejo dos vários pensamentos a favor e contra esse instrumento que, em tese, busca a democratização do ensino superior público, demonstra que a definição da política pública do governo no tema não é tarefa fácil. Demanda a análise de diversificados fatores que, aliás, podem variar no tempo e no espaço.

Toda essa discussão, acerca das ações afirmativas, afigurar-se-ia ociosa, caso o Estado, em vez de tentar assegurar vagas a alunos não tão bem preparados quanto os egressos do sistema privado de ensino, implementasse política pública que visasse a uma melhoria substancial nos ensinos fundamental e médio da rede pública. Sobre o assunto, merece relevo que a Constituição, sem descuidar da importância do direito à educação – ao qual deu natureza jurídica de direito social e considerou meio para o pleno desenvolvimento da pessoa e preparo para o trabalho e exercício da cidadania (arts. 6º e 205 da CF) – preocupou-se extraordinariamente com a qualidade do ensino a ser ministrado, tanto nas instituições públicas, quanto nas particulares.

É o que se infere da análise do disposto nos artigos 206, inciso VII – que traz como um dos princípios do ensino público o padrão de qualidade – e 209, inciso II, que consagra como pressuposto para o credenciamento de uma instituição privada de ensino a avaliação da sua qualidade. Nesses preceptivos, a Constituição institucionalizou uma obrigação jurídica do Estado de que o ensino, em todos os níveis, seja prestado com boa qualidade. Decorre daí o dever de ministrar educação

---

<sup>103</sup> GOLDEMBERG, José. As cotas nas universidades públicas. *Folha de S. Paulo*, 8 abr. 2004. Opinião, Tendências e Debates, p. 2.

de alto nível nos estabelecimentos públicos e o de fiscalizar a qualidade dos cursos oferecidos nas instituições de ensino privado.

Como dissemos, o assunto rende ensejo a intensos debates quanto à forma a ser utilizada pelo Poder Público para exercer essa fiscalização absolutamente necessária, dada a relevância do direito à educação. Antes, o Exame Nacional de Cursos, mais conhecido como *Provão*, instituído pela Lei n. 9.113/95, e atualmente o ENADE, parte do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES (Lei n. 10.861, de 14.4.2004), como as já passadas avaliações de condições de oferta e exame nacional de cursos. O atual panorama da educação nacional não permite afirmar que o dispositivo constitucional em comento tem sido respeitado pelo Estado. É o que se conclui da análise daquilo que se publica diuturnamente sobre o tema, sendo imperioso portanto, diante da obrigação jurídica imposta no artigo 206, inciso VII da Constituição da República, que o Poder Público reverta esse quadro, promovendo políticas públicas que garantam a excelência de ensino aos alunos das instituições da rede oficial.

Ainda nessa esteira da preocupação da Lei Maior com a qualidade do ensino, cumpre observar que a admissibilidade da prestação de serviços de educação pela iniciativa privada pressupõe a existência de dois requisitos: a) cumprimento das normas gerais da educação nacional; b) autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público<sup>104</sup>. Destarte, ao Estado não basta garantir a qualidade nos estabelecimentos públicos de ensino (art. 206, inc. VI da CF), mas também realizar efetivamente a fiscalização das instituições privadas de ensino, negando ou cassando o seu credenciamento.

No contexto das políticas públicas que busquem intensificar o padrão de qualidade do ensino, a ação fiscalizatória reveste-se de grande importância, podendo ser um dos instrumentos de controle da qualidade do ensino. Infelizmente,

os fatos não têm mostrado que o Estado tenha tido êxito nessa empreitada. A título de exemplo, recentemente houve discussão nacional sobre a proliferação de faculdades de direito que não apresentavam padrão de qualidade razoável. Segundo a matéria, existem atualmente 762 cursos jurídicos no Brasil e poucos receberam a recomendação da Ordem dos Advogados do Brasil:

“A ordem levou em conta conceitos do provão e os resultados de seu próprio exame de credenciamento de bacharéis. A verdade é que nenhum país do mundo é constituído apenas por advogados, médicos e engenheiros. Apenas uma elite chega a formar-se nesses cursos. No Brasil, contudo, criou-se a ilusão de que a faculdade abre todas as portas. Assim, alunos sem qualificação acadêmica para seguir essas carreiras pagam para obter diplomas que não lhes serão de grande valia. É mais sensato limitar os cursos e zelar por sua excelência, evitando paliativos como o exame da ordem, que é hoje absolutamente necessário para proteger o cidadão de advogados incompetentes – o que só confirma as graves deficiências do sistema educacional.”<sup>105</sup>

Diante dos altos índices de reprovação dos bacharéis em direito no exame para a obtenção da inscrição nos quadros da OAB, é lícito supor que o Estado não tem observado à risca esse seu mister fiscalizatório da qualidade do ensino<sup>106</sup>. Embora de fundamental importância essa atividade fiscalizatória do Poder Público das instituições de ensino privado, em respeito ao já mencionado princípio da garantia do padrão de qualidade (art. 206, inc. VII da CF), cumpre não olvidar que não se resume a isso o relacionamento entre o Estado e os entes privados, na área da educação.

---

<sup>104</sup> Constituição Federal: “Artigo 209 - O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...) II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

<sup>105</sup> ILUSÃO universitária. *Folha de S. Paulo*, 29 jan. 2004. Opinião, Editorial, p. 2.

<sup>106</sup> Seriam apenas os cursos jurídicos os que sofrem desse mal? Não há elementos objetivos para aferir a qualidade do bacharel para o exercício da medicina, engenharia, administração, enfermagem, etc. Todavia, é lícito supor que o problema aflora em relação aos cursos jurídicos porque, quanto aos demais, não há previsão legal para sua realização, bem ao contrário do previsto no inciso IV do artigo 8º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). Note-se que já havia disposição com semelhante teor na Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963 (inc. III do art. 48), revelando que de longa data os cursos jurídicos são avaliados pelo órgão de classe.



Como já afirmamos, é o próprio artigo 205 da Constituição da República que afirma ser a educação “dever do Estado” a ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Daí ser livre à iniciativa privada a prestação de serviços de ensino (art. 209 da CF), desde que preenchidos os requisitos legais, e sob a fiscalização do Poder Público.

A par da atuação dos particulares por si sós, é dizer, apenas fiscalizados pelo Estado, há ainda a possibilidade de convênios e parcerias entre a Administração pública e a iniciativa privada, dando ensejo à realização conjunta de políticas públicas no campo educacional. Trata-se de medidas que, desde que devidamente implementadas, sobretudo no que toca ao controle do manejo do dinheiro público, devem ser vistas com bons olhos, pois se harmonizam com o espírito republicano e democrático da Carta de 1988.

Com efeito, com a chamada crise do Estado do Bem-estar Social, já brevemente comentada, passou-se a associar os problemas burocráticos estatais com o gigantismo que tomara a máquina estatal, de cujas funções era incapaz de dar conta. Conforme o ideário neoliberal, desde então predominante, defende-se que, diante da notória incapacidade do Estado – absolutamente sobrecarregado, mercê do desmedido feixe de atribuições que lhe são responsabilidade – de implementar com efetividade políticas públicas e prestar serviços públicos a contento, é imperioso que ele divida determinadas atividades com a sociedade civil. Não vemos essa necessidade em atendimento ao ideário neoliberal ou qualquer outro. Todavia, inafastável a necessidade de modernização da máquina estatal para poder dar conta dos crescentes anseios sociais, sem que isso signifique abandono do *welfare state*.

Nesse campo, a reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional n. 19/98, cujo objetivo era desonerar o Estado de determinadas

tarefas, em prol de maior eficiência<sup>107</sup> nas que restassem sob sua responsabilidade, abriu espaço para que a Lei n. 9.637, de 15.5.1998, criasse as denominadas organizações sociais. Na realidade, consistem em qualificação jurídica<sup>108</sup> atribuível por ato do Poder Executivo<sup>109</sup>, desde que observado o preenchimento de certos requisitos (arts. 2º a 4º da Lei n. 9.637/98), a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura e saúde (art. 1º da Lei n. 9.637/98).

---

<sup>107</sup> Luciana Ferreira Leite Pinto observa: “Para dar respaldo jurídico às novidades que vinham sendo implantadas ao arrepio das normas constitucionais, no dia 4 de junho de 1998 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 19, que modificou nada menos do que oitenta preceitos da Constituição. O tom das modificações foi um só: aumentar a eficiência no funcionamento da máquina pública, valorizando a produtividade dos servidores públicos e estimulando a participação popular. Bem por isso, o princípio da eficiência foi elevado à categoria de princípio constitucional e está explícito na redação do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal (...).” (Contrato de prestação de serviços celebrado com organização social: uma hipótese de dispensa de licitação. In: Ensaio de cidadania 1: Licitações. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005. p. 132).

<sup>108</sup> Para Luciana Ferreira Leite Pinto: “A designação é apenas um título jurídico, e não indica nenhum tipo especial de pessoa jurídica privada. A finalidade desse título é inserir as entidades que o obtenham em um regime jurídico específico, além de criar um determinado mecanismo de controle de certos aspectos das suas atividades.” (op. cit. p. 222).

<sup>109</sup> Comenta Celso Antônio Bandeira de Mello: “Na lei disciplinadora das organizações sociais chamam a atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes. O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) e do Ministro da Administração (Ministério que já não existe mais, por força da Medida Provisória n. 1.795, de 1.1.99, hoje 2.123-27, de 27.12.2000, e cujas atribuições passaram para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão). Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de ‘organização social’. Trata-se, pois, de outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie. Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação pontual, conquanto abrangente



A esses entes privados que possuam os sobreditos requisitos legais, a lei faculta a celebração de contrato de gestão com o Poder Público, que consiste no instrumento firmado entre ele e a entidade qualificada como organização social pelo Poder Executivo, “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo 1º” (art. 5º da Lei n. 9.637/98). Tal contrato deve dispor sobre as responsabilidades e obrigações das partes, especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, as metas a serem atingidas, os prazos de execução e os limites e critérios para despesas com remuneração e vantagens de quaisquer naturezas percebidas pelos dirigentes empregados desses entes privados.

Assim, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, cuja atividade seja, por exemplo, a da prestação de ensino e realização de pesquisa científica, que tenha sido qualificada como organização social e travado contrato de gestão com o Poder Público, gozará de regime jurídico próprio, trazido no bojo da Lei n. 9.637/98, que prevê determinados benefícios que buscam justamente conferir poderes para que esse ente privado logre atingir os relevantes objetivos que o Estado lhe cometeu na parceria.

Com efeito, nesse regime jurídico privilegiado, concebido como meio de fomento às atividades de educação, pesquisa científica, saúde etc. (art. 1º sobredito), há a possibilidade de tais organizações sociais receberem bens públicos e recursos orçamentários, com o escopo de se lhes conferir condições para o fiel cumprimento do contrato de gestão. Excepcionando regra constitucional (art. 37, inc. XXI), tais bens públicos serão destinados a esses entes de direito privado, mediante permissão de uso, dispensada a realização de licitação, nos termos de cláusula expressa no contrato de gestão (art. 12, § 3º da Lei n. 9.637/98).

---

também de outro propósito (a busca do melhor negócio).” (*Curso de direito administrativo*, 18.



Além disso, é “facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem”, ou seja, servidores pagos pelos cofres públicos (art. 14 da Lei n. 9.637/98)<sup>110</sup>, bem como é dispensável a licitação “para a celebração de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão” (art. 24, inc. XXIV da Lei n. 8.666/93).<sup>111</sup>

A análise desses dispositivos revela a clara intenção do legislador de fomentar a criação desses contratos de gestão, multiplicando as parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, a fim de promover políticas públicas de universalização e de melhoria no sistema de ensino. De fato, as várias (e juridicamente discutíveis) facilidades criadas pela lei às organizações sociais no relacionamento com o Estado demonstram essa intenção do legislador de fazer com que a sociedade divida com o Poder Público o dever constitucional de prestar

---

ed., 2005, p. 223-224).

<sup>110</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) a possibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais mezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor pessoal de entidades particulares.” (*Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 200).

<sup>111</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello obtempera: “Não se imagine que pelo fato de o artigo 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto mesmo é inconstitucional a disposição do artigo 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21.6.1993) ao liberar de licitação dos contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação. Seja como for, o certo e indiscutível é que a ausência de critérios mínimos que a racionalidade impõe no caso e a outorga de tal nível de discricção não são constitucionalmente toleráveis, seja pela ofensa ao cânone básico da igualdade, seja por desacato ao princípio da razoabilidade (que também se impõe às leis, como bem o demonstra Carlos Roberto Siqueira Castro).” (*Curso de direito administrativo*, 13. ed., 2001, p. 198).



serviços educacionais com boa qualidade (arts. 205, *caput*, 206, incs. III e VII e 209 da CF).

Esse foi o caminho trilhado pelo legislador nacional para viabilizar a idéia de *Estado mínimo*, cujas atribuições centrem-se tão-somente em atividades típicas de Estado, no exercício do seu poder soberano (produção legislativa, exercício da jurisdição etc.). Com efeito, conferiu-se ao Poder Público meios de, abstendo-se de prestar diretamente atividades que possam ser exercidas por particulares, fomentar e fiscalizar a iniciativa privada nessas áreas públicas, mas não necessariamente estatais, as quais também são conhecidas por *terceiro setor*. Segundo Luciana Ferreira Leite Pinto, “terceiro setor é como se convencionou chamar o espaço público não-estatal. A expressão sugere uma terceira forma de propriedade, entre a privada e a estatal, onde a produção é privada e o controle é estatal. A propriedade é pública do ponto de vista dos seus objetivos, mas privada sob o ângulo jurídico”.<sup>112</sup>

Na esteira das organizações sociais, e também buscando o incremento dessas parcerias entre Poder Público e sociedade civil, a Lei n. 9.790/99, conhecida como a *Nova Lei do Terceiro Setor*, criou as denominadas organizações sociais de interesse público, as quais, tais como aquelas, não são pessoas da administração indireta, mas entes privados com os quais o Estado celebra parcerias<sup>113</sup>, com o

---

<sup>112</sup> PINTO, Luciana Ferreira Leite. Contrato de prestação de serviços celebrado com organização social: uma hipótese de dispensa de licitação, cit., p. 120.

<sup>113</sup> “(...) introduzindo um novo instituto jurídico - o Termo de Parceria - pelo qual o Estado pode se associar a organizações da Sociedade Civil que tenham finalidade pública, para a consecução de ações de interesse público, sem as inadequações dos contratos regidos pela Lei 8666/93 (que supõe concorrência e, portanto, pressupõe uma racionalidade competitiva na busca de fins privados, válida para o Mercado mas não para aquelas organizações da Sociedade Civil que buscam fins públicos) e as inconveniências dos convênios, regidos pela Instrução Normativa n.º 1, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional (um instrumento deslizado do seu sentido original, que era o de celebrar relações entre instâncias estatais - mas que se transformou num pesadelo kafkiano quando aplicado para regular relações entre instâncias estatais e não estatais).” (FRANCO, Augusto de. Apresentação. In: FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. *Organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP: a Lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor*. Brasília: Comunidade Solidária, 2001. p. 10).



escopo de fomentar atividades de relevo para a sociedade<sup>114</sup>, cuja prestação não está proscrita à iniciativa privada (art. 3º, inc. III da Lei n. 9.790/99). O fim desse relacionamento entre o Poder Público e a sociedade civil é conferir maior eficiência às ações sociais.

Para atingir seus objetivos, o diploma legal sobredito facilita sobremaneira a colaboração dessas entidades de direito privado com o Estado, de modo a instituir mudança relevante e democrática no desenho das políticas públicas governamentais em parceria com o terceiro setor. Ele possibilita que essas organizações compostas de cidadãos participem das ações estatais em áreas sociais determinadas na lei, tanto no planejamento, quanto na execução, avaliação dos resultados e fiscalização.

Organização social de interesse público consiste em qualificação jurídica atribuível, no exercício de competência vinculada<sup>115</sup>, a pessoas jurídicas de direito privado que não tenham fins lucrativos<sup>116</sup>, desde que não constem do artigo 2º da Lei n. 9.790/99, cujo rol contempla: a) sociedades comerciais; b) sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; c) instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; d) organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; e) entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; f) entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; g) instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; h) escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; i) organizações sociais; j) cooperativas; l) fundações públicas; m) fundações, sociedades civis ou associações de direito

---

<sup>114</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 13. ed., 2001, p. 183.

<sup>115</sup> Lei n. 9.790/99: “Artigo 1º - (...) § 2º - A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei.”

<sup>116</sup> Lei n. 9.790/99: “Artigo 1º - (...) § 1º - Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.”



privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; n) organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional, a que se refere o artigo 192 da Constituição.<sup>117</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello observa que “o objeto da atividade delas é muito mais amplo, compreendendo, inclusive, finalidades de benemerência social, ao passo que as ‘organizações sociais’ prosseguem apenas atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde”.<sup>118</sup>

Especificamente na área da educação, cumpre ressaltar que a própria Lei n. 9.790/99 exige que a organização social de interesse público, no exercício de participação complementar, promova a educação gratuitamente. Por isso, deve-se entender a prestação “realizada pela organização da sociedade civil de interesse público mediante financiamento com seus próprios recursos”, ou seja, aqueles que não são “gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física ou jurídica, ou obtidos em virtude de repasse ou arrecadação compulsória”. Além disso, “o condicionamento da prestação do serviço ao recebimento de doação, contrapartida ou equivalente não pode ser considerado como promoção gratuita do serviço” (art. 6º do Dec. n. 3.100/99).

---

<sup>117</sup> A lei instituidora das organizações sociais de interesse público prevê, em seu artigo 3º, como possíveis objetos de atuação dos entes que adquirirem tal qualificação jurídica: “I - a promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.”

Portanto, a realização de política pública por meio de parceria entre o Estado e as organizações sociais de interesse público encerram fomento à prestação gratuita e democrática do ensino, atendendo aos reclamos dos artigos 205, *caput* (que afirma que o dever do Estado na prestação da educação deve merecer colaboração da sociedade), 206, IV (gratuidade na prestação do ensino em estabelecimentos oficiais), VI (gestão democrática do ensino) e VII (garantia do padrão de qualidade), todos da Constituição da República.

Trata-se de um meio altamente eficaz para o combate dos gravíssimos problemas básicos de desenvolvimento social existentes no país. Por conseguinte, o fomento a esse tipo de parceria entre o Estado e sociedade civil releva-se altamente salutar para a busca da melhoria das condições sócio-econômicas da população. Com efeito:

“(...) quando as organizações da Sociedade Civil brasileira chegarem a mobilizar 5% do PIB, igualando-se à média internacional, muitos de nossos problemas básicos de desenvolvimento social estarão resolvidos. Ora, como se pode fazer isso? Basicamente, criando condições para o aumento do número de organizações do Terceiro Setor e criando condições para a sua atuação sustentada. Tudo isso depende, como é óbvio, de reconhecimento institucional, de vez que grande parte dos recursos necessários para desencadear tal processo deve provir de receita pública, como ocorre, aliás, nos países mais desenvolvidos do mundo, nos quais os governos entram com mais de 40% na composição das fontes de recursos das entidades sem fins lucrativos, ao contrário do insuficiente patamar de 15,5% apresentado pelo Brasil (em dados de 1995).”<sup>119</sup>

O denominado termo de parceria, instituído pela Lei n. 9.799/99, constitui o instrumento por meio do qual se promove a gestão das relações entre as organizações sociais de interesse público e o Estado. Tem por propósito conferir celeridade gerencial aos projetos e realizar fiscalização e controle dos resultados

---

<sup>118</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 18. ed., 2005, p. 227.

<sup>119</sup> FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. *Organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP: a Lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor*. Brasília: Comunidade Solidária, 2001. p. 12.



buscados pelo convênio, de molde a garantir que o dinheiro público ali empregado tenha sido efetivamente utilizado para o atendimento de finalidades públicas.

Na realização desse tipo de política pública, portanto, não basta ao Estado que se limite a conferir a qualificação jurídica de organização social de interesse público a determinado ente privado, e com ele firmar termo de parceria. Além disso, cumpre ao Poder Público realizar efetiva e eficaz fiscalização de que o interesse público que fundamentou o nascimento da parceria esteja sendo satisfeito com a promoção de atividade social a cargo da OSCIP. Dessa maneira, é mister que o Estado verifique com antecedência a idoneidade, a licitude, a competência para o exercício da função a ser desempenhada, a adequação do ente privado para os fins do convênio etc., antes da celebração do termo de parceria.<sup>120</sup>

Cumprе ressaltar, uma vez mais, que às organizações sociais de interesse público cabe a promoção gratuita da educação, em caso de celebração do termo de parceria com o Poder Público, a quem incumbe fiscalizar o seu cumprimento. Como visto acima, à gratuidade na promoção pelo Estado do direito à educação foi conferida primazia pela Carta de 1988, consoante se infere do disposto nos artigos 6º, *caput*, 205, *caput*, 206, I e IV, 208, I a IV e parágrafo 1º, de modo que essas parcerias se revelam como mais um meio idôneo de o Poder Público dar cumprimento fiel a esses preceptivos constitucionais, o que pode acarretar a desejada universalização do ensino gratuito no país.

Se a necessidade de geração de novas vagas já era grande, agora, se aprovada a Proposta de Emenda à Constituição n. 415/2005, criando o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, será muito maior. Como já dissemos, trata-se de um fundo de natureza contábil que prevê a participação dos Estados e Municípios, além da própria União, no financiamento da educação. Pretende-se universalizar a

---

<sup>120</sup> Ibidem, p. 34.

educação básica, começando pela criança de zero ano, para chegar aos jovens e permitir que possam cursar o ensino médio.

Obviamente que a inclusão na rede escolar das crianças de zero a sete anos demandará a criação de novas vagas, inclusive de creches. Ocorre que essa demanda é atendida atualmente, ao menos em parte, por instituições mantidas e administradas por entidades da sociedade civil, tais como o Rotary, o Lions, a Maçonaria e outros clubes de serviço, além de outras instituições de natureza religiosa ou ligadas às religiões. Essas instituições já possuem estrutura física e profissional para atendimento de crianças, obviamente cumprindo um papel que deveria ser do Estado.

Ocorre que, com o FUNDEB, haverá recursos financeiros para tanto, mas demorará um tempo razoável até que seja equacionada a demanda com a oferta de vagas pelo Poder Público, não havendo razão para que seja desmontada uma estrutura que, bem ou mal, vem atendendo às crianças, sobretudo aquelas cujas mães precisam da creche para poderem trabalhar fora do lar. Por outro lado, a decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>121</sup> referente à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com o fim de obrigar o Município de Santo André a oferecer educação infantil, poderá influenciar positivamente os demais municípios, criando uma demanda imediata, que deve ser atendida com o auxílio das já existentes instituições do chamado terceiro setor.

Uma outra razão certamente fará com que a demanda por vagas aumente. Falamos de alterações na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que teve seus artigos 6º, 32 e 87 alterados pelas Leis ns. 11.114, de 16 de maio de 2005, e 11.274, de 6 de fevereiro de 2006. Com efeito, pensando em expandir a duração do ensino fundamental para nove anos, essas leis acabaram por obrigar o Estado a oferecer (e os pais a matricular) a primeira série para todas as crianças a partir de 6

---

<sup>121</sup> STF – RE n. 436.996-6/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 7.11.2005.



anos de idade, em patente antinomia com o disposto no inciso IV do artigo 208, *in verbis*: “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”. Por outro lado, a Lei n. 11.114/2005 alterou o artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que agora tem a seguinte redação, *in verbis*: “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental”. A mesma lei ainda havia alterado o artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que foi novamente modificado pela Lei n. 11.274/2006, e que assim dispõe, *in verbis*: “O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante (...)”. Ora, se a Constituição determina que as crianças de até seis anos serão atendidas em creche ou na pré-escola, não poderia a lei ordinária obrigar o Estado a fornecer, e os pais a matricular seus filhos, a partir dos mesmos seis anos. Note-se que uma criança que completa seis anos de idade no dia 2 de janeiro de determinado ano, por exemplo, poderá frequentar a pré-escola, se obedecida a Constituição, mas, ao contrário, deverá ser matriculada no ensino fundamental, se observada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com a redação dada pelas leis mencionadas.

A leitura atenta do texto dado ao artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, tanto pela Lei n. 11.114/2005, quanto pela Lei n. 11.274/2006, revela que a intenção foi expandir o ensino fundamental para nove anos, tanto assim que, na primeira lei, a determinação era de que o ensino fundamental teria um mínimo de oito anos, enquanto a segunda obriga que tenha nove anos, nem mais e nem menos. Todavia, diminuindo a idade de ingresso no ensino fundamental de sete para seis anos, conseguiu-se, em realidade, aumentar o fundamental, à custa da diminuição do ensino infantil! Com efeito, a Constituição já traçava, como ainda traça, o vetor para o ensino fundamental começando aos sete anos de idade (por fixar a educação infantil até os seis anos de idade) e, caso a lei ampliasse o prazo de duração para nove anos, ter-se-ia efetivamente um acréscimo no total de



escolarização, obviamente com os alunos saindo um ano mais tarde. Com as alterações promovidas pelas inconstitucionais leis, conseguiu-se tão-somente abreviar um ano no ensino infantil que, ao invés de ir até o final dos seis anos, irá apenas ao final dos cinco anos, mantendo a idade de saída dos adolescentes que completarem o ensino fundamental. Temos sim um ensino fundamental de nove anos, mas à custa da diminuição do ensino infantil, contra o texto da Constituição.

O principal argumento a confirmar a inconstitucionalidade das leis nos é oferecido pelo próprio Presidente da República, em sua mensagem de veto a outra alteração promovida pela Lei n. 11.114/2005<sup>122</sup>. O projeto aprovado no Legislativo modificava o inciso II do artigo 30 da Lei n. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – dispondo que a pré-escola seria destinada às crianças de quatro a cinco anos de idade. Quando da apreciação do projeto que resultou na Lei n. 11.274/2006, a mensagem de veto do Presidente da República<sup>123</sup> uma vez mais afirmou o mesmo entendimento.

Ora, exatamente a mesma razão que levou o Chefe do Executivo a vetar outros dispositivos das leis é que deveria ter sido considerada para vetar *todas* as alterações promovidas, justamente porque a Constituição estabelece que a educação

---

<sup>122</sup> Mensagem n. 284, de 16 de maio de 2005: “Razões do veto: Estatui o artigo 208, I e IV da Constituição que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria, e atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. Aliás, a previsão constitucional de atendimento em creche e pré-escola está textualmente reproduzida no artigo 4º, IV, da Lei n. 9.394, de 1996, sem que o projeto tenha cogitado de sua alteração. Como se pode observar, a alteração encontra óbice na Carta Magna, uma vez que não observa a idade nela estabelecida.”

<sup>123</sup> Mensagem n. 65, de 6 de fevereiro de 2006: “Razões do veto: De acordo com o artigo 208, incisos I e IV, da Constituição, o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria e atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. A previsão constitucional de atendimento em creches e pré-escolas está reproduzida no artigo 4º, inciso IV, da Lei n. 9.394, de 1996, que não foi alterado no presente projeto de lei. Em assim sendo, e tendo em vista que a educação infantil abrange as creches e pré-escolas, não há como aceitar as alterações sugeridas aos artigos 29 e 30 da Lei n. 9.394, de 1996, constantes do artigo 1º e 2º do projeto de lei, que destoam do dispositivo

infantil vai até os seis anos de idade. E se assim é, não poderia o ensino fundamental ter início também aos mesmos seis anos. Portanto, a inconstitucionalidade se repetiu nas Leis ns. 11.114/2005 e 11.274/2006, tendo sido reafirmadas as razões de veto – corretas – para alguns dispositivos das leis, mas não para todos, como era de se esperar, senão por motivos de ordem jurídica, ao menos por coerência.

Contudo, as leis têm presunção de constitucionalidade, até que o órgão constitucionalmente competente diga o contrário, como é curial. Assim, ao Poder Público e à sociedade de maneira geral não resta alternativa que não a de cumprir a lei em vigor. Pois bem, as alterações legislativas mencionadas tiveram início em maio de 2005, com a edição da Lei n. 11.114/2005, cujo artigo 2º dispunha que entraria em vigor na data de sua publicação, “com eficácia a partir do início do ano letivo subsequente”. Evidentemente que publicada a lei em 2005, já em 2006 as modificações deveriam estar implantadas, e assim queremos crer tenha acontecido. Como é sabido, os preparativos para o ano letivo sempre começam o ano anterior, sobretudo as matrículas. Adaptações e modificações foram feitas por exigência da Lei n. 11.114/2005, inclusive com aumento substancial da demanda de vagas para a primeira série do ensino fundamental, isso porque, neste ano de 2006, cursarão essa série as crianças de sete anos que obedeciam à regra anterior (e constitucional), assim como as de seis anos, em atendimento à nova lei (inconstitucional). Agora, em 7 de fevereiro de 2006, quando as aulas já estão prestes a iniciar, ou já iniciaram, outra lei é publicada (Lei n. 11.274/2006), dando um prazo até 2010 para os Municípios, Estados e Distrito Federal implantarem a obrigatoriedade do ensino fundamental de nove anos, iniciando-se para as crianças com seis anos de idade.

Convenhamos: além de inconstitucional, trata-se de um péssimo exemplo de política pública de educação, pelas dificuldades impostas aos sistemas de ensino

---

constitucional acima mencionado. Não há que se falar sequer em adequação à lei em vigor,

e que certamente causaram dúvidas nos pais das crianças, forçando a convivência, numa mesma sala de aula, de discentes com seis e sete anos. Por outro lado, quer nos parecer que merece maior atenção por parte dos educadores e psicólogos a idade de ingresso no ensino fundamental, assunto pertencente àquelas searas, e nas quais não ingressaremos. De todo modo, pode-se dizer que havia (e há) intensa discussão jurídica sobre o momento em que a idade deva ser considerada, para fins de ingresso no ensino fundamental. Isso porque se mostra lícito entender que a criança que completar os sete anos de idade, por exemplo, em junho do ano em curso, já deva freqüentar o ensino fundamental no início do ano, quando tem apenas seis anos. E se assim era na regra anterior, nada impede que o mesmo raciocínio seja transposto para o sistema atual e, desse modo, uma criança poderia ingressar no ensino fundamental aos cinco anos de idade.

De toda forma, o que transparece é que haverá uma demanda imediata superior à usual, em função das recentes alterações, daí se vislumbrando a necessidade das parcerias. Como dissemos, é necessário que se fixe uma política pública definindo claramente os termos da parceria, exigindo credenciamento das tais instituições para oferecer a educação infantil e fundamental, corpo técnico adequado, capacitação profissional, etc., cumprindo ao Poder Público remunerar de forma razoável, para a manutenção da qualidade.

Não estamos pregando que o Poder Público deixe de cumprir sua obrigação, ao contrário, entendemos ser ele o responsável, aliás de acordo com a Constituição, como reconhecido no julgado do Supremo Tribunal Federal mencionado. Pretendemos apenas sugerir um caminho para se aproveitar de estruturas já existentes e que com poucas alterações – físicas e jurídicas – poderiam atender a uma demanda com mais eficiência, neste momento.



Em suma, ao cabo dessas considerações, impende reafirmar que as políticas públicas a serem adotadas no campo educacional são das mais variadas naturezas, de sorte que as que foram comentadas sucintamente acima devem ser tidas como meros exemplos. O que não pode ocorrer, sobretudo porque a Constituição não admite, é o abandono da educação pelo Estado, deixando-a nas mãos da iniciativa privada, como os partidários mais ortodoxos do denominado neoliberalismo poderiam defender.

Em sentido oposto, aliás, é imperioso que o Poder Público retome a execução de políticas públicas com propósito de conferir prioridade à escola pública, inclusive de ensino superior, para a formação de uma elite intelectual que conduza o necessário desenvolvimento do país. De outro lado, cumpre ao Estado a fixação de marcos regulatórios bem definidos para as instituições privadas de ensino, que devem ser fiscalizadas com efetividade, dada a relevância do serviço que prestam no campo educacional. Enfim, seja qual for a política pública a ser realizada na área da educação – e seja qual for o grau de discricionariedade cometido pela lei ao administrador público – o interesse público, que deve orientar os passos do Poder Público, será preservado apenas se a definição das ações estatais estiver fundamentada nos princípios e normas constitucionais do direito à educação.

## **1.4 Família e educação**

A revisão histórica do desenvolvimento da espécie confirma que o ser humano, por natureza, é gregário. Com efeito, os seres humanos sempre se inseriram em agrupamentos com o fim comum de vencerem, pela força conjunta, as vicissitudes da vida. Na infância da civilização, por exemplo, a vida em grupo facilitava a difícil busca, por meio da caça, pela comida, a luta contra as intempéries, os animais selvagens, as doenças etc. O desenvolvimento histórico dos

grupos humanos (inclusive do próprio Estado) demonstra, enfim, que os homens sempre juntaram forças para alcançarem desideratos comuns. Nesse contexto do gregarismo humano, insere-se a entidade familiar, em cujo seio o ser humano nasce, desenvolve-se e fenece. De fato, a família, “dentre todas as instituições, públicas ou privadas, (...) reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida, em que repousa toda a organização social”.<sup>124</sup>

Na antiga Roma, a família caracterizou-se por unir pessoas que comungavam da mesma religião. O poder do *pater*, com fundamento religioso e caráter absoluto, era exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos. Não era nem o nascimento nem a afeição que determinava o vínculo entre os parentes. A filha, por exemplo, não herdava bem algum de seu pai, pois, ao casar, passava a cultuar os deuses e antepassados de seu marido, dado o caráter doméstico da religião naqueles tempos<sup>125</sup>. Ao descendente homem cabia a missão de continuar a religião doméstica de seus ascendentes.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 1.

<sup>125</sup> Anota Fustel de Coulanges: “Para nós, a casa representa somente o domicílio, o abrigo; deixamo-la e esquecemo-la sem demasiado pesar, e, quando nos ligamos à casa, somente o fazemos pela força dos costumes e das recordações. Porque, para nós, a religião não está no seu interior, no coração da casa; o nosso Deus é o Deus do universo, e encontramos-lo em toda a parte. Entre os antigos, porém, não sucedeu assim: era no interior da casa que tinham a sua principal divindade, a sua providência, quem individualmente os protegia, escutava as suas preces e deferia os seus desejos. Fora da casa já o homem não se sentia Deus; o deus do vizinho era-lhe um deus hostil. Nesse tempo, o homem amava a sua casa como hoje ama a sua igreja.” (*A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 108).

<sup>126</sup> Fustel de Coulanges informa: “Quanto ao filho, já o encontramos submetido à autoridade do pai, que pode vendê-lo e condená-lo à morte. Mas esse filho exerce também o seu papel no culto; desempenha a função nas cerimônias religiosas; a sua presença, em certos dias, torna-se de tal modo indispensável que, se o romano não tem filhos, fica obrigado a, ficticiamente, adotar um filho para esses dias, para que possa cumprir os ritos. Veja-se quão poderoso laço a religião estabeleceu entre o pai e o filho! Acredita-se numa segunda vida no túmulo, vida feliz e calma, contanto que as refeições sejam oferecidas regularmente. Com isto, o pai está convencido de que o seu destino para depois desta vida dependerá do cuidado tido pelo filho para com o seu túmulo;

Naqueles tempos, como ensina Fustel de Coulanges, a religião não encontrava local de manifestação apenas nos templos, mas também em casa, dado que cada qual possuía os seus deuses, e cada um desses deuses protegia apenas uma família e não era deus em mais de uma casa. Bem por isso, essa religião só poderia continuar pela transmissão entre as gerações. Com o nascimento do filho, o pai transmitia-lhe, a um só tempo, seu credo, seu culto, o direito de manter o lar, de oferecer o repasto fúnebre e o direito de pronunciar as fórmulas da oração. Afirma o autor: “A criança ficava portadora, logo ao nascer, da obrigação de adorá-los e de lhes oferecer sacrifícios, assim como também, mais tarde, quando a morte a tivesse divinizado, estaria, ela própria, por sua vez, contada entre o número dos deuses da família”. E, segundo ele, havia uma particularidade explicável naqueles tempos, a de que essa religião doméstica só se transmitia na linha masculina, é dizer, apenas do pai para os filhos varões: “E deste antigo conceito se partiu até provir como regra que o culto doméstico passasse sempre de varão para varão; a mulher só participava nesse culto por intervenção de seu pai ou de seu marido e, depois da morte, não recebia a mesma parte que o homem no culto e nas cerimônias do repasto fúnebre”<sup>127</sup>. A instituição familiar, destarte, fundava-se no poder paterno ou no poder marital<sup>128</sup>, de modo que a família era dirigida exclusivamente pelo pai. Com efeito:

“(…) os poderes que se enfeixavam na autoridade do pai, tanto os de ordem pessoal como os de ordem patrimonial, se caracterizavam pela sua larga extensão. No terreno pessoal, o pai dispunha originariamente do enérgico *jus vitae et necis*, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio*. No terreno patrimonial, o filho, como o escravo, nada possuía de próprio. Tudo quanto adquiria, adquiria para o pai, princípio que só não era verdadeiro em relação às dívidas.”<sup>129</sup>

---

e o filho, por seu lado, está persuadido de que o pai, depois de morto, ser tornará no deus que ele terá de invocar.” (op. cit., p. 107).

<sup>127</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, *A cidade antiga*, p. 42-43.

<sup>128</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6, p. 18.

<sup>129</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito de família*, v. 2, p. 275.



Mesmo após a desintegração dessa religião de culto doméstico aos antepassados, a Igreja manteve esse caráter de unidade da família, regida pela figura paterna. O decorrer do tempo, contudo, moveu paulatinamente o casamento do campo religioso para o âmbito do direito. Atualmente, com a separação do Estado e da Igreja, embora o casamento mantenha inegável cunho religioso, não mantém as mesmas características do passado e não mais consiste no único meio de se formar uma família, conforme se verá adiante.

De outro lado, a evolução da economia essencialmente agrária – que influía na unidade familiar – para a economia industrial, teve conseqüências sensíveis na família. Num primeiro momento, porque o pai passou a trabalhar na indústria, deixando a economia agrícola de subsistência e transferindo quase com exclusividade para a mãe a educação e os cuidados com a prole; em seguida, porque as mulheres também se lançaram no mercado de trabalho e, por isso, deixaram de conviver tanto tempo com seus filhos. Ademais, como bem observa Sílvio de Salvo Venosa, “no século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher alcança os mesmos direitos do marido. Com isso, transfigura-se a convivência entre pais e filhos. Estes passam mais tempo na escola e em atividades fora do lar”.<sup>130</sup>

A evolução dos fatos sociais, e por conseguinte dos valores, exigiu a alteração dos contornos normativos até então dedicados à família. Isso foi realmente necessário, pois a nova posição da mulher na sociedade trouxe novos conflitos sociais, incluindo os decorrentes da relação marital. Como ela não se encontrava mais em posição de subserviência e dependência do marido, não mais se sujeitava passivamente à antiga tradição de direção exclusivamente paternal da família. Os conflitos gerados dessa nova realidade, aliados aos causados por outros diversos fatores (como problemas econômicos, desentendimentos afetivos, desgastes na relação etc.), bem como o esgarçamento dos valores católicos resultaram, em

---

<sup>130</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 20.



primeiro lugar, na regra criada na década de 1970, que permitiu o divórcio no Brasil e, em seguida, no aumento desenfreado do número de divórcios, desde então.

A incessante e necessária alteração das regras jurídicas sobre a família, contudo, não decorre exclusivamente da inserção da mulher no mercado de trabalho. Várias outras causas influem na atividade legislativa no campo do direito de família. A melhoria das condições de vida e a evolução da medicina, por exemplo, contribuíram para um aumento sensível da expectativa de vida dos seres humanos. Por isso, em breve, revelar-se-á comum o convívio entre pais, avós, netos e bisnetos, o que certamente trará inúmeros reflexos sociais e previdenciários. Além disso,

“(...) novos temas estão hoje a desafiar o legislador, como as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas etc. A ciência evolui com rapidez e por saltos e hoje se esperam respostas mais rápidas do Direito, o que não ocorria no passado, quando as alterações eram quase exclusivamente de ordem sociológica, e, portanto, gradativas.”<sup>131</sup>

Neste ponto cabe, em primeiro lugar, ressaltar a dificuldade em se conceituar família, porquanto pode ser enfocada sob diversos pontos de vista: jurídico, sociológico<sup>132</sup> ou antropológico. Sua conceituação não é tarefa fácil, pois se cuida de conceito que varia conforme a cultura, o tempo, o lugar, etc. Revela-se estreme de dúvida, por exemplo, que a família de mentalidade urbanizada de hoje, inserida na tão decantada sociedade globalizada, difere essencialmente do que se entendia por família nas primeiras civilizações. No mesmo passo, aquilo que se considera família no Brasil, com a religião católica predominando, certamente não coincide com a idéia que se tem em países de população predominantemente

---

<sup>131</sup> Ibidem, v. 6, p. 29.

<sup>132</sup> Leciona Sílvia de Salvo Venosa: “Pode ainda ser considerada a família sob o *conceito sociológico*, integrado pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular. Essa noção, sempre atual e freqüentemente reconhecida pelo legislador, coincide com a clássica posição do *pater familias* do Direito Romano, descrita no Digesto por Ulpiano.” (*Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 16).





muçulmana, hinduísta ou budista. Enfim, pretende-se vincar a afirmação de que o conceito de família sofre variações, tendo em conta alguns fatores, como os apontados acima.

Dito isso, convém aqui focar as atenções no aspecto jurídico, de modo a responder à seguinte indagação: a quem precisamente a Constituição de 1988 garantiu, ao referir-se à família, a especial proteção do Estado? Para tanto é mister analisar, *ab initio*, o que a lei considera ser a família. Com efeito, o conceito legal de família é diferente em cada um dos ramos do Direito. Como adverte Sílvio de Salvo Venosa:

“(...) sua extensão não é coincidente no direito penal e fiscal, por exemplo. (...) Por vezes, no mesmo sistema, a noção de família sofre um alargamento de natureza econômica, como ocorre na Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91), ao proteger como sucessores do locatário as pessoas residentes no imóvel que viviam na dependência econômica do falecido (art. 11, I); em outras oportunidades, a lei restringe o alcance do conceito familiar apenas a pais e filhos (art. 47, III). Como regra geral, porém, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco.”<sup>133</sup>

Diante dessa multiplicidade de definições, revela-se mais apropriado partir dos contornos conferidos pela Constituição à família. Em primeiro plano, afigura-se estreme de dúvida que se amolda ao conceito a comunidade de pessoas formada entre marido e mulher e sua prole. De fato, consoante noção cediça, o casamento configura o meio tradicional de constituição de família. É ele o vínculo criado entre um homem e uma mulher por força da vontade de ambos, manifestada perante o Estado, estabelecendo “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, conforme disposto no artigo 1.511 do Código Civil.

A questão, contudo, não se resolve apenas nisso. Com efeito, imanente ao artigo 226 e parágrafos da Constituição, se encontra o princípio da liberdade, cuja

---

<sup>133</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 15.



inserção no ordenamento constitucional teve o efeito de flexibilizar as vetustas regras sobre direito de família trazidas pelo Código Civil de 1916, vigente à época da entrada em vigor da nova ordem constitucional, influenciando, destarte, no intervencionismo estatal na família, diminuindo-o sensivelmente. De fato, desde 1988, o casamento não é mais o único meio de se constituir família. Além dessa tradicional instituição jurídica, a Carta Magna, atenta às transformações sociais ocorridas no decorrer do século passado, reconheceu a “união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º da CF). No mesmo parágrafo, aliás, a despeito de já tê-lo dito no *caput* do artigo 226, reafirmou a garantia de proteção do Estado à entidade familiar<sup>134</sup>. A Constituição não deixa dúvida alguma de que a família constituída por união estável também é merecedora do amparo estatal. É indiscutível que a união entre homem e mulher configura um fato social que precede a instituição do casamento. Por conseguinte, foi a partir do momento histórico em que a sociedade instituiu as regras do matrimônio como as únicas que deveriam reger as relações conjugais que surgiu a problemática das uniões sem casamento. Até um passado recente, o legislador nacional considerava o casamento como o único meio apto à constituição de família. Era a visão albergada pelo Código Civil de 1916, há pouco substituído pelo *Codex* de 2002 (Lei n. 10.406/2002). Sílvio de Salvo Venosa comenta:

“Essa oposição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formada de uniões sem casamento, persistiu por tantas décadas em razão de inescondível posição e influência da Igreja Católica. Coube por isso à doutrina, a partir da metade do século XX, tecer posições em favor dos direitos dos concubinos, preparando terreno para a jurisprudência e para a alteração legislativa.”<sup>135</sup>

Antes do advento da Constituição de 1988, conceituava-se o concubinato como “união entre o homem e a mulher, sem casamento”<sup>136</sup>. A partir de então, com o surgimento da união estável no bojo do ordenamento jurídico pátrio, à doutrina

<sup>134</sup> “Artigo 226 (...); § 3º- Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>135</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 50.

coube o trabalho de estreimar um do outro. O legislador civil de 2002, contudo, facilitou essa tarefa doutrinária ao estatuir, no artigo 1.727 do Código Civil, que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Essa é a definição que anteriormente à Constituição de 1988 era dada ao denominado concubinato impuro. A distinção entre puro e impuro, contudo, perdeu a razão de ser, diante da regra legal acima transcrita.

O relevante é mostrar que o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição refere-se exclusivamente à união estável, como meio de constituição de família merecedor de proteção estatal. O concubinato, portanto, não tem o condão de criar a entidade familiar. Dito isso, cumpre enfatizar, na esteira de Sílvio de Salvo Venosa, que uma convivência de homem e de mulher, em união estável se dá, sob o mesmo teto ou não, mas de toda forma, *more uxorio*, ou como se marido e esposa fossem. E continua:

“Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social, até a ligação adulterina. Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos. Para fugir à conotação depreciativa que o concubinato teve no passado, com frequência, a lei, a doutrina e a jurisprudência já não se referiam a concubinos, mas a companheiros.”<sup>137</sup>

O legislador civil trouxe, no artigo 1.723 do novo Código Civil, os requisitos necessários ao reconhecimento da união estável: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Por conseguinte, a primeira característica encontrável no conceito legal é a estabilidade da relação. Relacionamentos fugazes e transitórios não se configuram união estável. A lei buscou dar proteção a um fato social que se assemelha, em sua essência, ao casamento, daí não serem relevantes os encontros casuais ou meros

---

<sup>136</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito de família*, v. 2, p. 15.

<sup>137</sup> Ibidem, v. 6, p. 51.

namoros. É mister o decorrer de um certo lapso de tempo, acertadamente não definido em lei, para que se mostre essa estabilidade na relação do casal. Contudo, isso não é uma regra draconiana, pois, por exemplo, o nascimento de prole pode também demonstrar a necessária estabilidade, a despeito da inexistência de largo tempo de convívio. Cabe ressaltar, neste ensejo, que a Lei n. 9.728/96, que tratava da união estável antes da superveniência do Código Civil de 2002, que a revogou, exigia o lapso temporal de cinco anos para a configuração da união estável.

A par da estabilidade, outro elemento de grande relevância é a continuidade da relação entre o homem e a mulher. Para que se caracterize a união estável, necessário se faz que a relação de fato seja contínua, sem interrupções. Cabe ressaltar, contudo, que não é a existência de uma ou algumas brigas que afastam necessariamente o conceito de união estável. O legislador deu diretrizes ao aplicador da lei, sem regras predefinidas. No mais, a análise do texto legal e constitucional conduz à inexorável conclusão de que é da própria essência da união estável a diversidade de sexos entre os membros do casal. Tanto a Constituição (art. 266, § 3º) quanto o Código Civil (artigo 1.723) referiram-se expressamente à relação “entre homem e mulher”, afastando completamente a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O Código Civil fala ainda em “convivência pública”, demonstrando que a união estável configura-se apenas nas relações em que os casais se apresentam perante a sociedade como se marido e mulher fossem. Trata-se de situação muito próxima à posse do estado de casado, não se confundindo com relacionamentos clandestinos, que não merecem a proteção legal.

Por derradeiro, outro elemento para o reconhecimento da união estável é o objetivo de constituir família. Não é imprescindível a existência de prole, mas, ainda que sem filhos, a relação que merece a tutela legal é aquela *intuitu familiae*,

na qual o casal comunga das alegrias e desditas da vida. Para tanto, cabe reafirmar, não se faz mister a convivência sob o mesmo teto.

Importante observar, outrossim, que não constitui união estável caso se faça presente um dos impedimentos previstos no artigo 1.521 do Código Civil, *in verbis*:

“Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

Oportunamente, no entanto, o parágrafo 1º do artigo 1.723 do Código Civil afirma que não se aplica o impedimento previsto no transcrito inciso VI (“as pessoas casadas”) no “caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Além desses parâmetros legais para o reconhecimento de uma situação como união estável, pode-se apontar outros fatos que se mostram como indícios de que o relacionamento reveste-se das características antes apontadas. A fidelidade entre o casal, por exemplo, denota que há comunhão de vida e estabilidade no relacionamento, porquanto é essencial não só ao casamento, mas também da união estável estatuída pelo artigo 226, parágrafo 3º da Constituição, que haja fidelidade. Outros indícios que apontam no mesmo sentido são, *v.g.*, a convivência do casal sob o mesmo teto, a existência de casamento religioso, o fato de terem conta bancária conjunta etc. Cumpre, uma vez mais, não olvidar que o reconhecimento da união estável não segue regras rígidas, de modo que a análise deve ser feita caso a caso. Feitas essas considerações, é possível afirmar que a Constituição de 1988 consagrou:

“(...) a proteção à família no artigo 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. De há muito, o país sentia necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio: ‘A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução de tarefas de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente conceito unitário de família.’ (Francisco José Ferreira Muniz. In: Teixeira, 1993:77).”<sup>138</sup>

Além do casamento e da união estável, no mesmo passo, reconheceu-se a família monoparental como entidade familiar digna de tutela estatal. É o que dispõe expressamente o parágrafo 4º do artigo 226 da Lei Maior. Com efeito, a Carta de 1988 consagrou o princípio da pluralidade das formas de convivência familiar, corolário do princípio da liberdade, comentado *en passant* acima. Não há negar que, no meio social, o casamento continua a gozar de um conceito proeminente como meio de constituição familiar. Contudo, é certo outrossim que, nos dias atuais, a entidade familiar constituída a despeito da existência de casamento também tem merecido a abonação da sociedade. Com efeito, segundo dados obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a redução do número de casamento vem desde 1991, ano em que se registraram 7,5 uniões legais por mil habitantes (maiores de 15 anos), estabilizando-se nos anos de 2000 e 2001, quando essa taxa foi de 5,7 por mil<sup>139</sup>. Segundo esse pensamento, tudo indica que as mudanças culturais e legais estão contribuindo para essa diminuição. As uniões consensuais vêm crescendo bastante, podendo isso ser visto pela comparação dos dados já apontados, afirmando-se que, em ambiente de maior liberdade sexual, as pessoas têm preferido inicialmente morar com seus companheiros, que partir para uma união mais definitiva pelo casamento. Diz-se tratar de um *noivado permanente*, podendo ser entendido como um sinal de maior maturidade dos casais, e que não

<sup>138</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 30.

poderia ser pensado há algumas décadas, quando a moral vigente exigia que as pessoas se casassem antes de irem morar juntas. E continua:

“Foi fundamental para essa transformação, além da maior tolerância sexual, a chegada da mulher ao mercado de trabalho, num contexto de maior urbanização e relativização religiosa. Outro fator importante é a Constituição de 1988 que, na esteira das transformações sociais, equiparou a união estável ao casamento. Hoje, para efeitos previdenciários, fiscais e sucessórios, dá praticamente no mesmo casar-se ou não. Já não há estímulos oficiais à conversão do ‘morar junto’ em casamento. Ao menos do ponto de vista da lei, casamento e eterno noivado são quase sinônimos.”<sup>140</sup>

Acertadamente, portanto, o constituinte esteve atento ao início desse fenômeno social ainda no final da década de oitenta e conferiu proteção tanto à união estável quanto à família monoparental, que consiste na convivência entre um dos pais e a prole<sup>141</sup>. Esse tipo de família, seja porque não se chegou ao casamento ou à união estável, seja porque ocorreu a separação, hoje em dia é muito comum, com a mulher se encarregando da chefia do núcleo familiar.

Conclui-se assim que o termo “família” empregado no *caput* do artigo 226 abrange a formada pelo casamento, pela união estável e a decorrente do relacionamento entre um dos pais e a prole (família monoparental). Essas são as formas de família que merecem a proteção do Estado, segundo o mencionado preceptivo constitucional.

A Constituição preocupou-se em consagrar expressamente o mencionado dever de proteção por parte do Estado (art. 226) porque é na família que o ser humano encontra amparo para vencer as dificuldades da vida. Sob outro prisma, é no interior do ambiente familiar que ele se desenvolve moral e intelectualmente,

---

<sup>139</sup> CASADOS e solteiros, *Folha de S. Paulo*, 20 dez. 2003. Opinião, Editorial, p. 2.

<sup>140</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>141</sup> Ensina Silvio de Salvo Venosa: “Recorde-se ainda de que o legislador constitucional, traduzindo um quadro social cada vez mais freqüente, foi mais além ao reconhecer também sob proteção do Estado a chamada família monoparental no parágrafo 4º do artigo 226, qual seja a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (*Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 36).





formando-se cidadão. Como dizia Washington de Barros Monteiro, referindo-se à família: “Realmente, no seio desta originam-se e desenvolvem-se hábitos, inclinações e sentimentos que decidirão um dia a sorte do indivíduo. No colo da mãe, assevera Planiol, forma-se o que há de maior e de mais útil ao mundo, um homem honesto.”<sup>142</sup>

Nesse ponto, conjugam-se o dever do Estado de proteger a família e a obrigação solidária de ambos com a prestação de educação às crianças e jovens. É o que decorre da análise conjunta do artigo 226, *caput*, acima transcrito, e do artigo 205 da Carta da República, em cujo texto se lê: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Em linhas gerais, ao Estado incumbe oferecer as condições necessárias para que, com a ajuda da célula familiar, os jovens possam desenvolver-se plenamente. Aliás, no sentido da proteção a que nos referimos, também o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13.7.1990 – declara ser dever do Estado para com a criança e o adolescente o ensino fundamental obrigatório e gratuito, além da progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio<sup>143</sup>. Compete-lhe ainda zelar, junto com os pais ou responsáveis, pela frequência à escola. Os mencionados preceptivos constitucionais pretendem que Estado e família unam forças em prol de um objetivo comum: educar adequadamente as crianças e adolescentes, dando-lhes condições de caminharem por si na vida adulta. Daí a extraordinária relevância do cumprimento a contento desse dever estatal de amparo familiar (art. 226, *caput* da CF), de modo a facilitar o exercício do papel importantíssimo de pai e mãe, cujos deveres essenciais encontram-se previstos no artigo 1.634 do Código Civil,

---

<sup>142</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito de família*, v. 2, p. 2.

<sup>143</sup> Artigos 53, 54, 55, 56 e 129, inciso V da Lei n. 8.069/90. Por outro lado, a Lei das Diretrizes e Bases do Ensino Nacional traz disposição expressa sobre o tema, que se trata do inciso VIII do artigo 12, com a redação dada pela Lei n. 10.287, de 20 de setembro de 2001, que obriga os próprios estabelecimentos de ensino a notificar autoridades, dentre as quais o Ministério Público, caso o número de faltas atinja mais da metade do limite permitido pela lei.





versando sobre o exercício do poder familiar (antigamente denominado *pátrio poder*):

“Artigo 1.634 - Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:  
 I - dirigir-lhes a criação e educação;  
 II - tê-los em sua companhia e guarda;  
 III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;  
 IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;  
 V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;  
 VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;  
 VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

É dever legal dos pais, por conseguinte, dirigir adequadamente a criação e educação dos seus filhos, tendo-os em sua companhia. Incumbe-lhes o dever de assistência material aos filhos, até que atinjam a maioridade ou a emancipação. Comentando a Constituição de 1946, Carlos Maximiliano afasta qualquer interpretação contrária ao dever paternal referido. Diz:

“Coarta a liberdade de profissão e, mais estritamente a de ensino, a lei que impõe a frequência obrigatória a escola primária?  
 Distingam: se exigem entrar para instituto oficial, sim – há desrespeito ao direito de escolha dos seus mestres; se apenas preceituam a frequência em qualquer escola, não. Ao contrário, ampara-se a liberdade do pequeno, cujos superiores o afastam dos colégios, para lhe explorarem o trabalho contínuo; defende-se o direito de aprender, mais sólido que o poder paterno de cortar a carreira e sufocar as aspirações nobres da criança. O direito que tem o progenitor de escolher os mestres para o seu filho, é consequência ou, pelo menos, concomitância do dever de educar a prole.”<sup>144</sup>

De fato, como sustenta Washington de Barros Monteiro, “são eles obrigados, pois, ao sustento, guarda e educação dos filhos (...). Aos pais incumbe velar pela sorte destes, criando-os, amparando-os, educando-os e preparando-os para os embates da vida. Na feliz expressão de Rocco, no círculo da comunidade

<sup>144</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 3, p. 217.



familiar, modelam os pais a alma do filho, do futuro cidadão. Segundo o ambiente doméstico, crescerá para o bem ou para o mal a planta do homem”.<sup>145</sup>

Portanto, exige-se-lhes contribuição permanente na formação moral e intelectual da prole, bem como contínua assistência afetiva, que se traduz na relação de proximidade entre pais e filhos, na manutenção de vínculo sócio-afetivo, por meio da presença moral dos pais, o que se reveste de importância ímpar na formação dos filhos. Com efeito, a paternidade e a maternidade não se firmam exclusivamente no parentesco. É mister a existência do vínculo sócio-afetivo nesse relacionamento, nem sempre harmonioso, entre ascendentes e descendentes. Sabe-se, como lembra Walter Ceneviva, que atualmente parece estar mais complicada, porquanto fatos sociais, como a urbanização abrupta, trazendo violência, o próprio engajamento da mulher no mercado de trabalho, a comunicação instantânea e o crescimento populacional, dentre outros fatores, acabam distanciando os filhos de suas casas, e fica substituída a educação do lar pelo que ele chama de coletivização das escolas. Segundo o autor, o artigo 227 da Constituição não vem sendo cumprido nem pelo Estado, nem pela família e nem pela sociedade, ao menos de forma integral. E segue ele dizendo que:

“Nesse contexto social, muitos pais hesitam em ser firmes ante o argumento de que outros pais são menos rigorosos. A dosagem varia, criando embaraços para aqueles cuja formação lhes impõe mais severidade. Nenhum critério uniforme é possível, mas o elemento básico é o diálogo direto, amplo, esclarecedor, principalmente no seio da família, lugar próprio para a rediscussão dos influxos recebidos fora de casa. Vê-se, logo, que o núcleo da questão não está no Direito, em cuja farmácia faltam remédios para questões tão complexas.”<sup>146</sup>

Por aí se vê a absoluta necessidade de os pais cumprirem suas obrigações para com a prole. Do ponto de vista do interesse público, é lícito afirmar que a boa formação educacional e ética dos indivíduos que compõem a sociedade preveniria

<sup>145</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito de família*, v. 2, p. 114.

<sup>146</sup> CENEVIVA, Walter. Problemas nas relações de pais e filhos. *Folha de S. Paulo*, 29 nov. 2003. *Folha Cotidiano*.



inúmeros conflitos sociais, melhorando a qualidade de vida de todos. A elevação do nível intelectual das pessoas ainda contribuiria para o aprimoramento das instituições públicas, pois os cidadãos, mais conscientes, passariam a exigir o cumprimento cabal das obrigações jurídicas do Estado. Num cenário de melhoria da formação individual das pessoas, poder-se-ia vislumbrar ainda a diminuição do número de crimes, a melhoria da mão-de-obra disponível no país, a queda da taxa de desemprego, a redução dos índices de mortalidade e de natalidade nas camadas mais pobres da população etc.

Sob o prisma meramente individual, o bom desempenho dos pais na educação dos filhos concorre para que desfrutem cabalmente da vida. A boa formação intelectual confere ao indivíduo o cabedal necessário para o exercício dos seus direitos, bem como para a luta contra sua violação. Dá ainda às pessoas as condições de acesso à cultura, abrindo-lhes o caminho para a diversão, por meio da literatura, cinema, teatro, artes etc. Confere-lhes, outrossim, a possibilidade de uma vida mais harmoniosa com os seus semelhantes, no relacionamento familiar e social.

Contudo, a atual situação social nesse campo não é das mais alentadoras. Com efeito, nas palavras de Washington de Barros Monteiro:

“Basta se lance, porém, rápido olhar sobre a sociedade contemporânea para que se tenha imediatamente nítida impressão da crise que assoberba a família. Vê José Arias no debilitamento das nossas forças morais a causa desse fato evidente, terrivelmente certo: menos responsabilidade para o pai, menos abnegação por parte da mãe, maior irreverência dos filhos. Nesse momento difícil, a missão do jurista é a de acudir em defesa da instituição, onde quer que periclitem seus interesses, a fim de evitar-lhe a completa desagregação.”<sup>147</sup>

Atento às conseqüências deletérias do descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, previu o legislador sanções civis e penais para os pais relapsos. Quanto as primeiras, dispõe o Código Civil, em seus artigos 1.636 a 1.638,

<sup>147</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito de família*, v. 2, p. 2.



sobre a extinção e suspensão do poder familiar. Ali se diz que, na hipótese de o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, desrespeitando os deveres que lhes cabem, pode algum parente ou o Ministério Público pedir ao juiz que adote medida que lhe pareça suficiente para resguardar a segurança e os haveres do menor, que pode até ser a suspensão do poder familiar. O mesmo vale para o caso de os pais arruinarem os bens dos filhos, conforme o artigo 1.637 do Código Civil, e, outrossim, se forem condenados por sentença penal irrecorrível a pena superior a dois anos de prisão.

Note-se que o legislador civil preocupou-se em resguardar a formação moral e psicológica dos jovens, cominando sanção que pode chegar até à perda do poder familiar àquele que incidir reiteradamente em tais práticas (art. 1.638, inc. IV do CC), obstando o bom desenvolvimento do menor. Com efeito, o abuso do poder familiar, seja por meio de castigos imoderados, ou por abandono material ou afetivo, influi negativamente na educação do jovem. Como diz Sílvio de Salvo Venosa, “cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança”<sup>148</sup>. Esse dever dos pais foi abordado por John Stuart Mill que, na Inglaterra do século XIX, afirmou:

“Não constituirá quase axioma ser obrigação do Estado exigir e obrigar à educação, até atingir certo padrão, de todo ser humano que vem à luz como seu cidadão? Entretanto, onde está a pessoa que não teme reconhecer e afirmar esta verdade? Na realidade, dificilmente alguém negará constituir um dos deveres mais sagrados dos pais (ou, conforme a lei e o costume agora o exigem, do pai) depois de ter feito vir um ser humano ao mundo, dar-lhe educação que o habilite a desempenhar o seu papel na vida tanto para com o próximo quanto para consigo mesmo.”<sup>149</sup>

O dever de propiciar educação aos menores, a par da previsão no Código Civil, encontra assento na própria Constituição, cujo artigo 205 comete à família o dever de atuar paralelamente ao Estado na prestação da educação, com auxílio da

<sup>148</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: direito de família*, v. 6, p. 374.

sociedade. Diante da gravidade desse mister deferido aos pais ou responsáveis pelas crianças ou adolescentes, justifica-se a possibilidade, consagrada na lei civil, de o Estado interferir na relação entre ascendentes e descendentes, inclusive com a possibilidade de privar o titular do poder familiar de seu exercício, definitiva ou provisoriamente. Nesse tema, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), na mesma esteira do Código Civil e da Constituição, afirma em seu artigo 22 que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Dispõe outrossim que o descumprimento dessas obrigações jurídicas pelos pais podem importar a perda ou suspensão do *pátrio poder* (art. 24), atualmente o poder familiar, na nova terminologia adotada pelo Código Civil de 2002, cujo fim foi tirar o ranço autoritário-paternalista<sup>150</sup> da expressão, adaptando-a ao princípio constitucional da igualdade entre homem e mulher (art. 226, § 5º da CF). De fato, nas palavras de Washington de Barros Monteiro:

“Modernamente, o pátrio poder despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças à influência do cristianismo, é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística. Outrora, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje, é uma servidão do pai para tutelar o filho. Além dessa profunda transformação, cumpre ressaltar ainda a fiscalização complementar exercida pelo Poder Público. Sem perder de vista que a missão confiada ao pai se reveste de importância social, o Poder Público vigia, corrige, completa e algumas vezes supre a atuação daquele que exercita o pátrio poder.”<sup>151</sup>

<sup>149</sup> MILL, John Stuart. *Da liberdade*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963, p. 118.

<sup>150</sup> Fustel de Coulanges ensina: “As leis gregas e romanas reconheceram ao pai aquele poder ilimitado de que a religião o revestira no princípio. (...) O pai é o chefe supremo da religião doméstica (...) Como sacerdote do lar, não reconhece superior algum. A título de chefe religioso, é ele responsável pela perpetuidade do culto e, por conseqüência, da família. (...) Daí lhe deriva todo um conjunto de direitos: o direito de reconhecer o filho ao nascer, ou de repudiá-lo. (...) O direito de casar a filha, isso é, o direito de ceder a outro o poder que tem sobre ele. O direito de casar o filho: o casamento do filho interessa à perpetuação da família. O direito de emancipar, isto é, de excluir um filho da família e do culto. O direito de adotar, que é o direito de introduzir o estranho no lar doméstico. O direito de designar, ao morrer, um tutor para sua mulher e filhos. Notemos que todos estes direitos eram atribuídos só ao pai, com exclusão de todos os outros membros da família.” (*A cidade antiga*, p. 98).

<sup>151</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil: direito de família*, v. 2, p. 276.



É importante ressaltar que, dada a extraordinária importância do direito à educação dos jovens, a sanção civil de perda ou suspensão do poder familiar, além da sua indiscutível natureza de punição aos pais displicentes em seu dever de boa criação dos filhos, constitui sobretudo um meio de proteção dos menores, que se vêem livres da presença nociva daqueles que deles deveriam cuidar. Ademais, as sanções não param por aí. Com efeito, seguindo ainda a trilha desenhada pela Constituição, cujos artigos 205 e 226 ressaltam a importância da família para o Estado e o dever de ambos na educação dos jovens, o legislador penal não descuidou do tema, tipificando, no artigo 246 do Código Penal, a conduta de “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária<sup>152</sup> de filho em idade escolar”. Cominou-se, para a hipótese, pena de detenção de quinze dias a um mês, ou multa. A análise do tipo penal, especificamente do verbo-núcleo *deixar*, conduz à conclusão de que se trata de crime omissivo próprio que, portanto, não pode ser punido como tentativa. Quanto ao sujeito ativo, segundo Damásio E. de Jesus, o crime pode ser cometido somente pelos pais, “exigindo-se que tenham capacidade física e mental para prover à educação dos filhos (*JATACrimSP*, 70:290). O tutor não pode ser sujeito ativo, embora lhe caiba, nos termos do artigo 424, I do Código Civil, prover à instrução da pessoa tutelada, uma vez que o Código Penal se refere somente a ‘filho’”<sup>153</sup>. Buscou-se proteger o interesse do Estado em promover a educação fundamental de todas as crianças, conforme consagrado no artigo 208, I da Constituição, em cujo texto se lê: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 14/96)”.

Cumprе rememorar que a Constituição consagrou a educação como dever inarredável da família, consoante artigo 205. Assim, não cabe exclusivamente ao Poder Público tomar medidas para que todos tenham acesso ao ensino. A Lei Maior

---

<sup>152</sup> Embora o Código Penal fale em *instrução primária*, atualmente deve ser entendido como ensino fundamental, obrigatório por força da norma constitucional e legal.

comete solidariamente essa tarefa à família, em cujo interior os jovens haurem o ânimo necessário para buscar na educação o desenvolvimento intelectual e moral. É que é no seio dela que os alunos encontram estímulo e influência para o exercício de atividades intelectuais, o que se revela imprescindível para seu desenvolvimento escolar, sobretudo quando se trata de crianças e jovens. Diante disso, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96) consagrou em seu texto o dever jurídico dos pais ou responsáveis de efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental (art. 6º)<sup>154</sup>. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 – impõe a obrigação dos pais ou responsáveis matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino, cabendo aos dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicar ao Conselho Tutelar sobre os casos de reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar.<sup>155</sup>

O interesse público que anima esses dispositivos é o fundamento do tipo do artigo 246 do Código Penal. Com efeito, percebe-se que o regime jurídico do ensino fundamental é construído com o fim de que, no plano concreto, todos tenham acesso a esse mínimo de educação (universalização), necessário para o convívio social digno e o exercício da cidadania. Por isso mesmo, a própria Lei Maior afirma peremptoriamente que o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (art. 208, § 1º da CF). Em suma, a objetividade jurídica do tipo penal do artigo 246 do Estatuto Repressivo é o interesse público de universalização e boa prestação de serviços de educação fundamental às crianças e adolescentes, protegidos sob o poder familiar. Levou em conta que esse primeiro passo na educação é o mínimo necessário para o ser humano conduzir dignamente sua vida, exercendo suas prerrogativas de cidadão.

---

<sup>153</sup> JESUS, Damásio Evangelista. *Código Penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 643.

<sup>154</sup> “Artigo 6º - É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental (Redação dada pela Lei n. 11.114, de 16 de maio de 2005).”

<sup>155</sup> Artigos 55 e 56.





Concluindo, o artigo 1.634, inciso I do Código Civil, ao cometer aos pais o dever de dirigir a educação dos filhos, não mais fez senão reafirmar um dever que, antes de tudo, decorre da própria Constituição, cujo artigo 205 elegeu a família como uma das responsáveis pela obrigação de educar os jovens. O relevo desse dever jurídico é tamanho que o legislador ordinário cominou sanções civis e penais para os pais que não o cumprirem.

A par desses deveres da família para o bom desenvolvimento moral e intelectual dos filhos, a própria Constituição também confere ao Estado a obrigação jurídica de prestar serviços educacionais ao seu povo. Aliás, do teor do artigo 205 da Lei Maior, acima transcrito, infere-se que ele é o responsável principal pela obrigação da boa prestação educacional. Não poderia ser diferente pois, consoante noção cediça, o direito à educação reveste-se da natureza jurídica de direito social, fruto da chamada segunda geração dos direitos humanos. Nesse ensejo, a abordagem do dever estatal dar-se-á apenas nos aspectos que se relacionarem com a facilitação do cumprimento desse mesmo dever por parte da família; em outras palavras, a abordagem resumir-se-á aos pontos de contato entre as obrigações estatais e o dever familiar de prestar educação.

O regime jurídico dispensado pela Constituição à educação leva à inafastável conclusão de que ela consiste em uma prerrogativa indisponível do cidadão (arts. 6º e 205 da CF). Por conseguinte, do outro lado da moeda, há, diante da altíssima significação social da educação, incluída entre os direitos sociais, o dever constitucional do Estado de criar condições que possibilitem concretamente o efetivo acesso às creches, escolas e universidades, conforme o nível educacional do discente. Um primeiro problema para o Poder Público bem se desincumbir dessa sua obrigação constitucional diz respeito à universalização das vagas no ensino público. Em outras palavras, é mister que o número de vagas existente na rede oficial de ensino supra a quantidade de alunos a serem matriculados. Somente assim poderá a família se desincumbir, igualmente, de sua obrigação jurídica. Nesse tema,



por oportuno, é preciso distinguir entre os níveis de ensino (infantil, fundamental, médio e superior). Com efeito, diante da clareza solar do texto constitucional nesse ponto, cabe iniciar pela análise do ensino fundamental, declarado pela Constituição como obrigatório e gratuito: “Artigo 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, conforme redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 14/96.

Assim, se, de um lado, os pais ou responsáveis pelas crianças estão juridicamente obrigados (art. 6º da Lei n. 9.394/96) a matricular seus filhos no ensino fundamental, sob a ameaça de praticarem o crime do artigo 246 do Código Penal, de outro lado, a Constituição cometeu ao Estado a obrigação de propiciar vagas na rede oficial de ensino a todos aqueles que se encontram na idade apropriada para o curso do ensino fundamental e, ainda, aos que não tiveram acesso na idade própria. Com efeito, a obrigação jurídica de matricular as crianças no ensino fundamental, ditada por lei cuja fonte material é o Estado, tem justificativa apenas se o próprio Poder Público oferecer vagas suficientes a todo o alunado. Não teria sentido tipificar como crime – categoria jurídica reservada aos fatos que lesam os bens jurídicos mais caros da sociedade – a conduta de deixar de matricular o filho no ensino fundamental, se o próprio Estado não estivesse jungido a oferecer vagas suficientes nesse nível de ensino.

Atento aos objetivos da República de promover o bem de todos, erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e garantir, por consequência, o desenvolvimento nacional (art. 3º, incs. II a IV da CF), a Constituição obriga o Poder Público a oferecer o ensino fundamental àqueles que não tiveram acesso em idade própria. Trata-se de norma constitucional cuja finalidade é combater o analfabetismo, que tolhe do cidadão o melhor desfrute da vida social. Marcos

Augusto Maliska, comentando o artigo 208, inciso I da Lei Maior, faz as seguintes considerações:

“A garantia do ensino fundamental obrigatório é o mínimo em termos de educação. Neste estágio, tão importante quanto para o cidadão que está sendo educado é a educação para a sociedade, que necessita de pessoas esclarecidas, de cidadãos capazes de exercer sua cidadania. O artigo 208, inciso I da Constituição Federal dispõe que o dever do Estado para com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive, mediante a oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria. A Constituição, neste artigo, mais uma vez reconhece a realidade brasileira, uma vez tratar daqueles que não tiveram acesso à escola na idade própria. O Brasil é um país que tem um grande número de analfabetos. Os dados de janeiro-julho de 1999 demonstram que a taxa de analfabetismo, por região, entre jovens de 15 a 19 anos, chega a 25,6% na região Nordeste, 14,9% na região Norte, 6,5% na região Centro-oeste, 4,6% na região Sudeste e 3,7% na região Sul. A constatação, pelo constituinte, da necessidade de se inserir, no texto constitucional, as dificuldades do país e a necessidade de superá-las, reservou à Constituição a tarefa de ser um instrumento de mudanças da sociedade brasileira.”<sup>156</sup>

Além de combater o analfabetismo, o ensino fundamental consiste em meio eficaz para a boa formação moral e cívica do indivíduo. Nesse tema, merece especial destaque, por sua importância no auxílio à tarefa da família de educar os jovens, a iniciativa recente do Governo do Estado de São Paulo de instituir o período integral em algumas escolas públicas de ensino fundamental. Como dito em editorial, um tempo maior na escola aumenta as chances do alunado ter um aprendizado efetivo, mais ainda para aqueles que provêm de famílias com poucos recursos:

“Por cruel que possa parecer, é verdade que filhos de pais analfabetos, mesmo quando chegam à escola, já se encontram em desvantagem em relação a outros alunos. Alguns educadores acreditam que apenas ver os pais lendo desde a primeira infância já constitui um elemento fundamental do processo de aprendizagem. Passar períodos mais dilatados no colégio significa também a oportunidade de o aluno se envolver em atividades esportivas ou artísticas, que já se mostraram úteis para o desenvolvimento do jovem e na prevenção do uso de drogas.”<sup>157</sup>

<sup>156</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 222.

<sup>157</sup> TEMPO integral. *Folha de S. Paulo*, de 13 dez. 2005. Opinião, Editorial, p. 2.

Evidentemente que uma escola em tempo integral, em tese, significa maior qualidade no ensino ministrado, além de poder propiciar outras formas de acesso à cultura e aos esportes, num mesmo equipamento público.

Ao dever dos pais de matricularem os filhos no ensino fundamental, portanto, conjuga-se umbilicalmente a obrigação do Estado de fornecer vagas suficientes, na rede pública de educação, a todos. Assim, a universalização do ensino fundamental é dever constitucional do Poder Público, em cujo bojo não há espaço para discricionariedade administrativa. Se da família se exige a matrícula das crianças, ao Estado se impõe a disponibilização gratuita de vagas no ensino fundamental.

Embora se reconheça que o ordenamento jurídico de alguns países permite a educação exclusivamente no lar<sup>158</sup>, ressaltamos que a frequência da criança e do adolescente à escola não significa apenas acesso à educação e ao ensino. Na realidade, sobretudo a criança, mas também o adolescente, precisam estar em contato com outros de sua idade, pois a convivência estimula o conhecimento e aperfeiçoamento da vida em sociedade, capacidade de liderar, de atuar em grupo e de respeitar os direitos de outrem, fazendo respeitar os seus. Portanto, a frequência à escola não se limita a permitir o conhecimento dos saberes, mas também visa a completa socialização. Também o legislador percebeu esse espetacular benefício e determinou que o ensino fundamental seja apenas na modalidade presencial, reservando-se o ensino à distância apenas como complementação da aprendizagem, ou em situações emergenciais<sup>159</sup>, excepcionando a regra geral do artigo 80. Mais que isso. O mesmo artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

---

<sup>158</sup> Conforme admite implicitamente António Pedro Barbas Homem: “Quanto à educação obrigatória, de acordo com o estabelecido no art. 2º, os Estados podem impor a escolaridade obrigatória, pública ou privada, e a verificação do cumprimento dessa exigência é uma parte desse dever. Consequentemente, mesmo nas situações em que é admitido o ensino doméstico, o Estado deve ser o responsável por verificar a qualidade da educação e instrução ministrada em casa (Family H. v. Reino Unido).” (Direito da educação na União Européia. *Revista CEJ*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, v. 1, n. 31, p. 10, 1997).

<sup>159</sup> “Artigo 32 - (...) § 4º - O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais.”



determina que o ensino fundamental terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante, dentre outros, a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se funda a sociedade, bem como o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de discutir, em sede de mandado de segurança impetrado por um casal que pretendia educar seus filhos apenas no lar, encarregando-se de transmitir-lhes os ensinamentos do ensino fundamental. Alegavam eles que, ao final de certo período, a escola faria um exame e certificaria os conhecimentos obtidos com os ministrados nesta ou naquela série. Após manifestação do Conselho Estadual de Educação de Goiás, pronunciou-se o Conselho Nacional de Educação, cujo parecer foi homologado pelo Ministro da Educação, em face do qual foi impetrada a segurança. Nesse julgado, houve intensa discussão sobre o papel da família e do Estado na educação de seus filhos, vencendo a tese de que as crianças devem freqüentar a escola. O julgamento teve início em 24 de abril de 2002 e o acórdão foi publicado somente em 21 de março de 2005. Do corpo do acórdão, selecionamos o seguinte trecho:

“Os filhos não são dos pais, como pensam os autores. São pessoas com direitos e deveres, cujas personalidades se devem forjar desde a adolescência em meio a iguais, no convívio social formador da cidadania. Aos pais cabem, sim, as obrigações de manter e educar os filhos consoante a Constituição e as leis do país, asseguradoras do direito do menor à escola (arts. 5º e 53, I da Lei n. 8.096/90) e impositivas de providências e sanções voltadas à educação dos jovens, como se observa no artigo 129 e incisos da Lei n. 8.096/90, supra transcritos, e no artigo 246 do Código Penal, que define como crime contra a assistência familiar ‘deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar’, cominando a pena de ‘detenção de quinze dias a um mês, ou multa, de vinte centavos a cinquenta centavos’.”<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> STJ – MS n. 7407/DF, *DJU*, de 21.3.2005, p. 203. Dada a importância do tema, o inteiro teor do acórdão encontra-se no Anexo 2.

Quanto ao ensino infantil, embora a Constituição não o diga tão claramente quanto o fez para o ensino fundamental, deferiu-se ao Poder Público a obrigação de prestá-lo, consoante se infere do artigo 208, inciso IV da Lei Maior, de cujo teor se extrai que a educação deverá ser efetivada mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. A disponibilização de vagas no ensino infantil reveste-se de grande importância para a vida familiar. Com efeito, nos dias atuais, é comum que pai e mãe trabalhem durante o dia inteiro, o que impossibilita que façam companhia aos filhos no período de serviço. A busca de recursos econômicos para a subsistência e demais necessidades da vida social da família depende da existência de estabelecimentos de ensino adequados ao cuidado com crianças de tenra idade, onde se possa deixá-las durante o expediente de trabalho. Nas palavras de Marcos Augusto Maliska:

“A educação infantil assegurada pelo Estado nada mais é que o resultado das transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, principalmente com o ingresso efetivo da mulher no mercado de trabalho. Em uma sociedade em que a mulher não é mais a ‘dona de casa’, por certo, sua permanência no mercado de trabalho implica a atribuição ao Estado do dever de providenciar meios para que as mães deixem seus filhos em creches ou em pré-escolas, enquanto estiverem trabalhando. Aqui, talvez seja possível fazer referência a Bobbio, que afirma que as ‘exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos’. Em uma sociedade em que a mulher estava restrita a afazeres domésticos, cuidar dos filhos e educá-los era sua tarefa primordial. Hoje, estando a mulher no mercado de trabalho, surge um novo ‘carecimento’, uma nova exigência a ser feita ao Estado, de que este ofereça estabelecimentos adequados para albergar os filhos das mães que estão trabalhando.”<sup>161</sup>

Daí a inquestionável relevância do ensino infantil, tratado na Constituição como direito fundamental de toda criança, cujo acesso deve ser garantido pelo Poder Público de modo efetivo. O regime jurídico consagrado pela Constituição de 1988 para esse nível de ensino não deixa espaço para qualquer atividade ou omissão governamental que frustre o cabal cumprimento da prestação de ensino infantil cometida aos Municípios.

---

<sup>161</sup> MALISKA, Marcos Augusto, *O direito à educação e a Constituição*, p. 219.



Por conseguinte, não pode o Estado furtar-se dessa importantíssima obrigação que lhe foi cometida pela Lei Maior, devendo oferecer vagas suficientes para a demanda de crianças que necessitem desse nível de ensino, cujo curso, entretanto, diferentemente do fundamental, não é obrigatório na letra da lei, tão-somente. Contudo, aos pais que pretenderem valer-se da rede pública de ensino infantil, devem ser oferecidas vagas bastantes, por força dos ditames constitucionais. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, em caso em que se discutia se haveria ou não discricionariedade administrativa do Município em disponibilizar vagas em creches e pré-escolas, como já afirmamos. A obrigatoriedade de oferecimento de vagas suficientes ficou consagrada nas razões expendidas no memorável voto do Ministro Celso de Mello:

“O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de ‘atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, ‘obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência’ (Wilson Donizeti Liberati, Conteúdo material do direito à educação escolar, In: *Direito à educação: uma questão de justiça*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 236-238, item n. 3.5), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário. (...) O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola –, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.”<sup>162</sup>

A própria Suprema Corte, portanto, já se posicionou no sentido de que o ensino infantil é obrigação constitucional da qual o Poder Público não pode se furtar. Trata-se de mais um dever estatal, cujo cumprimento facilita

<sup>162</sup> STF – RE n. 436.996-SP, rel. Min. Celso de Mello RE n. 436.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 7.11.2005.

extraordinariamente o fiel adimplemento por parte da família do seu próprio ônus com a educação das crianças.

No tocante ao ensino médio, o tratamento jurídico dispensado pela Constituição é diferente. De fato, ela não impõe, em termos peremptórios, sua prestação ao Estado, senão apenas consagra o dever de progressiva universalização, conforme dicção do artigo 208, inciso II da Lei Fundamental da República. Assim, considerando que os recursos financeiros do Estado são finitos, conclui-se que o Poder Público deve dar primazia ao ensino fundamental, reputado obrigatório e direito público subjetivo dos cidadãos (artigo 208, §1º da CF). Contudo, embora a obrigação estatal com o ensino médio, comparada à conferida em relação ao ensino fundamental, se revista de menor intensidade, ela existe, inclusive porque o Estatuto da Criança e do Adolescente assim impõe, nos termos do inciso II do artigo 54, *in verbis*: “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio”. Com efeito, o Estado deve abrigar na rede pública de ensino médio o maior número possível de alunos e, progressivamente, atingir a universalização, conforme exigência constitucional e legal. Cuida-se de nível de ensino cuja finalidade precípua é consolidar e aprofundar os conhecimentos do aluno, de modo a capacitá-lo a eventualmente prosseguir os estudos no ensino superior, cujo acesso se dá pelo critério de mérito. Daí a relevância de se prestar serviço educacional de qualidade na rede pública. Esse é o único meio de possibilitar ao aluno de família de menor renda o ingresso em universidades públicas.

De toda forma, embora apenas o ensino fundamental seja obrigatório para a família ou responsáveis, revela-se claro que o oferecimento deles será obrigatório ao Estado, até porque estamos próximos da universalização do ensino fundamental, com passos firmes na mesma direção em relação ao ensino infantil, para em seguida

atingirmos o ensino médio, alcançando toda a educação básica. A família sentirá a necessidade de matricular seus filhos em toda a educação básica, somando os esforços na busca do desenvolvimento do cidadão. A criança que freqüentar a educação infantil levará consigo as vantagens de socializar-se desde cedo, permitindo uma educação mais ampla que aquela ministrada apenas por seus pais. Essa jamais poderá ser substituída pelo ensino escolar, mas será complementada, permitindo que os pais de modo geral, mas particularmente a mãe, possam se colocar no mercado de trabalho, em igualdade de condições. Ao Estado cumpre oferecer a educação infantil como lhe determina a Constituição. No passo seguinte, ampliar e depois universalizar o ensino médio, com qualidade, será exigência que fará a sociedade, ávida de conhecimentos e sabedora das necessidades cada vez maiores de aprimoramento para enfrentar os desafios da modernidade.



## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

### 2.1 Os direitos fundamentais

A doutrina tem se desdobrado para tratar do tema direitos fundamentais. Os constitucionalistas, regra geral, procuram estudar o assunto sob variados prismas, mas sobretudo o histórico, classificando-os com vista a mostrar o que são os direitos fundamentais. Não obstante a quantidade e qualidade desses estudos, não é tarefa fácil conceituar e depois identificar quais são os direitos fundamentais. Criticando respostas simplistas, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo afirmam: “Porque a resposta constitucional tem sido, como destacava antes, muito complexa, densa de escalonamentos, valorações e graduações, expressadas com frequência por referências indiretas que não se mostram à primeira vista. Não há um tratamento global e unitário, pelo contrário, uma pluralidade de respostas (...).”<sup>163</sup>

Mas se é verdadeiro que dificuldades se encontrarão, não menos verdade é que a classificação e a conceituação são necessárias, e no nosso caso também faremos isso, com a finalidade declarada de verificar se o direito à educação é ou não um direito fundamental.

Iniciaremos por José Joaquim Gomes Canotilho, que se dedicou ao estudo do que chamou de “o sistema dos direitos fundamentais”<sup>164</sup>. Sob os aspectos doutrinário e histórico, classificou os direitos fundamentais basicamente em:

1) Direitos do homem, numa dimensão jusnaturalista-universalista, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Segundo ele, decorrem da natureza do ser humano. Já os direitos fundamentais são aqueles tomados sob perspectiva

---

<sup>163</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988. p. 66 (nossa tradução).

<sup>164</sup> Trata-se do capítulo 6 de sua obra *Direito constitucional*, cit.



jurídico-institucional, garantidos e limitados espacio-temporalmente. São os objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta;

2) direitos do homem e direitos do cidadão (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789), sendo certo que os primeiros pertencem ao ser humano enquanto tal; os segundos levam em consideração sua condição de ser inserido numa sociedade;

3) direitos naturais e direitos civis (da Constituição francesa de 1791) – os direitos naturais seriam aqueles inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social; já os direitos civis referiam-se aos ligados ao indivíduo como cidadão;

4) direitos e liberdades ou direitos políticos nada mais são que uma distinção introduzida no interior da categoria dos direitos civis. Assim, os direitos civis são os reconhecidos pelo direito posto a todos os seres humanos que vivem em sociedade. Por outro lado, os direitos políticos são os atribuídos aos cidadãos ativos;

5) direitos civis e direitos ou liberdades individuais, em relação aos quais se diz que trata dos direitos civis, que depois de esvaziados dos direitos políticos, passam a ser considerados pela publicística francesa como direitos individuais, ou liberdades individuais ou liberdades fundamentais;

6) direitos e liberdades públicas. As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* (direitos de liberdade, liberdades autonomia e direitos negativos). Dizem respeito a um agir negativo, um não fazer do Estado. Os direitos, por seu turno, são os ligados ao *status activus* (direitos políticos, direitos do cidadão ou liberdades de participação) ou ao *status positivus* (direitos positivos ou direitos de prestação, como são hoje conhecidos os direitos sociais, culturais ou econômicos);

7) direitos e garantias. Trata-se das clássicas garantias – que são também direitos – muito embora seja salientado seu caráter instrumental de proteção aos direitos;

8) direitos fundamentais e direitos da personalidade. Diz José Joaquim Gomes Canotilho que muitos dos direitos fundamentais se constituem em direitos da personalidade, que englobam os chamados direitos de estado (direito de

cidadania), os direitos sobre a pessoa (direito à vida, à integridade física e moral, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade, como o direito à identidade pessoal e, por fim, alguns dos direitos de liberdade, como a liberdade de expressão;

9) direitos, liberdades e garantias, e direitos econômicos, sociais e culturais. Quanto a essa classificação, José Joaquim Gomes Canotilho diz que se distinguem em função do tratamento dado pelo Direito Constitucional positivo, assim como se aproximam dos pactos internacionais sobre direitos fundamentais;

10) por fim, fala dos direitos fundamentais e garantias institucionais, que é a distinção clássica do Direito Constitucional alemão, segundo ele. As denominadas garantias institucionais compreenderiam as garantias jurídico-públicas e as garantias jurídico-privadas. Elas podem, eventualmente, se encontrarem albergadas na Constituição, mas não são verdadeiros direitos atribuídos diretamente a alguém. São garantias de instituições como a família, a maternidade, a administração autónoma, a imprensa livre, o funcionalismo público ou a autonomia académica, e não propriamente das pessoas; protegidas diretamente como realidades sociais que são, apenas indiretamente se expandem para receber a proteção dos direitos individuais. Todavia, os direitos fundamentais possuem o duplo carácter: individual e institucional – fazendo com que, v.g., o direito de constituir família, um direito individual, seja considerado indissociável da proteção da instituição família.<sup>165</sup>

Além desse critério de classificação, José Joaquim Gomes Canotilho oferece ainda outros, sendo o mais relevante, segundo ele próprio, “sob o ponto de vista jurídico-constitucional”, aquele que diz respeito à “sistematização positivada”<sup>166</sup> na Constituição, trazendo o exemplo da própria Carta Portuguesa: direitos, liberdades e garantias pessoais (Cap. I); direitos, liberdades e garantias de participação política (Cap. II); e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (Cap. III). No Brasil, com a utilização do mesmo critério, teríamos os *direitos e garantias individuais e coletivos*, os *direitos sociais*, os *direitos da nacionalidade e*

---

<sup>165</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 517 e ss.

os *direitos políticos*, aí incluídos os relativos à existência, liberdade de organização e de participação em partidos políticos. Todavia, reconhecidamente não é isso o mais importante em relação a essa classificação. O valioso é que daí se pode pressupor um “regime jurídico-constitucional especial”, na dicção de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>167</sup>, materialmente caracterizador dessa categoria de direitos fundamentais; além disso, servem de parâmetro a outros *direitos análogos* dispersos ao longo da Constituição; e, por fim, porque a eles se atribui uma força vinculante (vinculam as entidades públicas e privadas) e uma densidade aplicativa (direta) que apontam para um reforço da *mais valia* normativa desses preceitos com relação a outras normas da Constituição, inclusive as referentes a outros direitos fundamentais.

Dois pontos da lição de José Joaquim Gomes Canotilho sobre o tema direitos fundamentais são especialmente importantes, relativamente ao trabalho aqui desenvolvido. Em primeiro lugar está a classificação que ele mesmo chamou de *relevantíssima*, tratando-se dos direitos econômicos, sociais e culturais. Diz que tais direitos estão sujeitos ao *regime geral* dos direitos fundamentais, todavia não são beneficiados pelo *regime especial* dos direitos, liberdades e garantias, excepcionando o caso de se tratar de direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias. Continua dizendo que muitos desses direitos (*certamente a quase totalidade*) consistem em direitos a prestações positivas ou atividades do Estado, mas pode ocorrer de a Constituição incluir alguns de natureza “negativo-defensiva”<sup>168</sup>, dando como exemplo a iniciativa privada e propriedade privada, obviamente em relação à Constituição portuguesa. Por fim, afirma que o destinatário desses direitos não é apenas o Estado, podendo ser os indivíduos, como no caso dos direitos dos trabalhadores, direitos de paternidade e maternidade, da infância, etc. Todavia, é o próprio José Joaquim Gomes Canotilho que vai afirmar que não existe exclusão entre o *regime geral* e o *regime especial* dos direitos

---

<sup>166</sup> Ibidem, p. 522.

<sup>167</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 522.

fundamentais, mas sim que o especial se acrescenta ao regime geral, sem que isso signifique uma disciplina jurídica “mais frouxa ou com menos dignidade”.<sup>169</sup>

Quanto ao segundo ponto, José Joaquim Gomes Canotilho trata de uma categoria de direitos chamada por ele de os “direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”, admitindo desde logo que seus contornos não são fáceis de se determinar e que maior importância deve ser dada às consequências de sua identificação, pois caso positivo, eles gozam de um regime constitucional particular, o mesmo dos *direitos, liberdades e garantias*. Diz que eles podem se encontrar entre os direitos econômicos, sociais e culturais, como também pelo restante dos direitos fundamentais dispersos pela Constituição.<sup>170</sup>

Conquanto longas as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, todas essas classificações nos auxiliam a melhor compreender o que são os direitos fundamentais, tarefa nem sempre fácil, como se viu. Pensamos, contudo, que muito importante é verificar o que são os direitos fundamentais, identificando-os, para em seguida buscar o regime jurídico-constitucional inerente a essa categoria de direitos. Daí a relevância de identificar nesse autor qual seria esse regime especial, sobretudo porque ele disserta sobre a existência de uma *democracia do Estado de Direito* e um *Estado de direito democrático*, sustentando daí decorrer importante nota para o tema aqui tratado, pois para ele o princípio democrático ostenta superioridade sobre a Constituição e a *prevalência da Constituição*. Nesse sentido, continua, ao proibir rupturas constitucionais e a dissolução dos direitos fundamentais e ao restringir as alterações constitucionais, ela própria – a Constituição – reafirma sua supremacia mesmo em relação a outro princípio, o da soberania popular. Diz: “O sentido prático deste princípio da prevalência da constituição traduzir-se-ia, sobretudo, na exclusão de modificações da constituição que eliminassem os seus próprios fundamentos (cfr.

---

<sup>168</sup> Ibidem, p. 527.

<sup>169</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 554.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 530.



art. 288º)”<sup>171</sup>. Não obstante, pensamos ser necessário tratar um pouco mais do tema *o que são os direitos fundamentais*.

É fato que, em última análise, os direitos fundamentais são os que possuem uma especial proteção da própria Constituição, aqueles que o Texto Maior assim os designou<sup>172</sup>. Essa relativa simplicidade não é aceita por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo que perguntam: “Quais são os direitos fundamentais?” para eles mesmos responderem: “Direitos fundamentais são os que a Constituição reconhece.” Mas logo em seguida replicam: “E quais são os direitos fundamentais que a Constituição reconhece?”<sup>173</sup> Criticando diretamente os autores que buscam classificações, lembram aos que querem algo tão complexo:

“(…) – tão polêmico e tão dificultoso em sua elaboração – como uma Constituição, há que recordá-los que a Constituição não classifica – não tem nenhum interesses em classificar – só se limita a regular; a prescrever uns e outros efeitos, com melhor ou pior sorte, com técnicas mais ou menos ajustadas. O legislador, o constituinte, não classifica, regula e impõe. Logo são os autores os que tem que elaborar a doutrina, buscar relações, encontrar sentidos, resolver dificuldades em suma. Sem lamentar-se da melhor ou pior técnica utilizada, pois ao fim e ao cabo disso, é somente o ponto de partida.”<sup>174</sup>

Essa crítica fazem os autores, mas sem deixar de reconhecer a importância de identificar os direitos fundamentais e seu regime próprio, todavia alertando que se deve estar consciente da nota de excepcionalidade que lhes revestem, de modo que se se amplia sem moderação o rol dos direitos fundamentais, deve-se saber que

<sup>171</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, p. 460.

<sup>172</sup> No sistema constitucional brasileiro, podemos citar, a título de exemplo, disposições contidas no Capítulo I do Título II da Constituição Federal, portanto submetidas ao regime especial mencionado por José Joaquim Gomes Canotilho, inclusive cobertas pelo manto da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV), mas que a rigor não se tratariam de verdadeiros direitos fundamentais ou suas garantias, não fora pela utilização do critério da sistematização positivada. São as disposições contidas no inciso LVIII (“o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”), bem como no inciso LIX (“será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”).

<sup>173</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, p. 65.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 66 (nossa tradução).



também se estará aumentando as excepcionalidades, podendo chegar a uma “*petrificación abusiva*”<sup>175</sup>, em suas literais palavras.

Sob o aspecto da proteção conferida aos direitos fundamentais, e portanto aos indivíduos, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo sustentam a correção da chamada *teoria absoluta*, pela qual “o conteúdo essencial do direito é um núcleo duro, um *Kern* ou um *Wesenskern* absolutamente resistente a uma ação limitativa do legislador”<sup>176</sup>. Continua a lição, dizendo que o conteúdo essencial se concebe não como o único limite dos limites, mas sim como um limite que opera em justaposição com o que consiste na exigência de que a limitação do direito seja justificada, e assim uma limitação de direito fundamental somente será constitucionalmente admissível se estiver igualmente justificada sob o ponto de vista constitucional e, além disso, que não afete o conteúdo essencial do direito. Portanto, dois relevantes pontos se extraem da afirmação: um primeiro que qualquer limitação a direito fundamental deve estar constitucionalmente justificada, além de, como um segundo aspecto, não invadir o conteúdo essencial do próprio direito.

Sobre esse relevante tema escreveu Jose Castan Tobeñas, para quem os chamados direitos do homem são os direitos fundamentais da pessoa humana, considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário, correspondendo por essa razão aos de sua própria natureza (essencialmente, a um mesmo tempo, corporal, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder ou autoridade e toda norma jurídica positiva, apenas cedendo, não obstante, em seu exercício ante as exigências do bem comum. Para esse autor, em princípio, os direitos fundamentais humanos são os reconhecidos como tais por um determinado ordenamento jurídico, visto em sua totalidade normativa. Continua para dizer que:

---

<sup>175</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, p. 66.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 131. (nossa tradução).



“Não obstante, na doutrina política se dá aos direitos do homem um âmbito legal mais limitado. Os direitos humanos fundamentais vêm a ser, de um modo especial, os constitucionalmente enunciados como tais, ou o que é igual, os dotados das amplas garantias que oferecem os textos constitucionais, ainda que possam não ter cabal desenvolvimento no ordenamento legislativo ordinário. Se chamam assim, direitos do homem aos regulados como tais nas Constituições políticas dos Estados, e agora também, no plano internacional e na cúspide do Direito mundial, pelos organismos internacionais, especialmente a Organização das Nações Unidas.”<sup>177</sup>

Entre nós, José Afonso da Silva trata dos direitos fundamentais adjetivando-os com o vocábulo “do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais”<sup>178</sup>. Diz que “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no Direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”<sup>179</sup>, revelando ter aderido à corrente que os conceitua, partindo da positivação que realmente nos parece a mais adequada, embora nem sempre os direitos fundamentais estejam declarados expressamente, caso daqueles decorrentes do regime jurídico ou dos princípios adotados pelo próprio Texto Maior, como quer o parágrafo 2º do artigo 5º, mas que, de qualquer modo, não estão escritos. Pensamos ser o caso, a título de exemplo, do princípio segundo o qual ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, não escrito mas nitidamente presente dentre os direitos fundamentais. Além disso, não se pode deixar de mencionar que são direitos fundamentais os “decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, nos termos da parte final da norma referida, regra reafirmada com o parágrafo 3º do mesmo artigo, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, tema que trataremos à parte.

Resta dizer que a doutrina pátria reconhece algumas características dos direitos fundamentais, a saber: a) *historicidade* (nascem com a revolução burguesa, evoluem e ampliam-se no decorrer do tempo); b) *inalienabilidade* (a ordem

<sup>177</sup> CASTAN TOBEÑAS, Jose. *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus, 1969. p. 15.

<sup>178</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 177.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 178.





constitucional confere esses direitos a todos – universalmente – razão pela qual são intransferíveis e inegociáveis, não possuindo qualquer conteúdo patrimonial ou econômico); c) *imprescritibilidade* (nunca deixam de ser exigíveis; são exercidos por todos tão-somente pelo fato de serem reconhecidos pela ordem jurídica); d) *irrenunciabilidade* (por existirem pelo só fato de serem reconhecidos pela ordem jurídica, não são passíveis de renúncia, embora a efetiva utilização possa não ocorrer). Nesse sentido é a lição de José Afonso da Silva<sup>180</sup>, no que acompanhado por outros constitucionalistas, pouco mais ou pouco menos, como Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que mencionam ainda as características da *universalidade*, *limitabilidade* e *concorrência*, no sentido de serem conferidos a todos os seres humanos, de não serem absolutos, podendo haver choques entre dois direitos fundamentais, e poderem ser acumulados, possibilitando que uma mesma situação seja regulada por mais de um direito fundamental<sup>181</sup>. Também Alexandre de Moraes cuidou desse ponto, acrescentando as características da *inviolabilidade* (impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais), *efetividade* (o Poder Público deve agir para garantir a efetivação desses direitos), *interdependência* (as previsões constitucionais, embora autônomas podem se relacionar a outros direitos, p. ex. liberdade de locomoção com o *habeas corpus*) e *complementaridade* (a interpretação dos direitos fundamentais se faz sempre em conjunto, visando alcançar os objetivos previstos pelo constituinte).<sup>182</sup>

A doutrina utiliza o termo direitos fundamentais, direitos humanos ou ainda direitos fundamentais do homem, de maneira generalizada e quase sem distinção, mas de toda forma os identificando como aqueles positivados na Constituição. Todavia, estamos com José Joaquim Gomes Canotilho que, como visto, os separa,

<sup>180</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 180.

<sup>181</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 81-85. No mesmo sentido: CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50.

<sup>182</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 163-164.



dizendo que os direitos humanos estariam ligados à própria natureza do ser humano, razão de seu caráter inviolável, intemporal e universal. Já os direitos fundamentais, continua ele, “seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”<sup>183</sup>. De fato, há várias expressões para designar esse conjunto de prescrições jurídicas: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas ou direitos fundamentais do ser humano. Respeitando as demais posições, entendemos que a mais adequada é direitos fundamentais, justamente porque, além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada Estado, designa, no Direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Importa que esses direitos não nasceram com esta ou aquela Carta, mas se traduzem no produto de constante luta dos povos pela defesa dos direitos do ser humano enquanto tal. Sob o aspecto histórico, formaram-se e consolidaram-se em meio às circunstâncias sócio-políticas distintas, propícias ao avanço de cada um dos direitos. Pode-se afirmar que as declarações de direitos nas Constituições modernas é relativamente recente, surgindo nas Constituições dos Estados americanos que precedeu a Constituição dos Estados Unidos e na Revolução Francesa (ambas no século XVIII). Note-se, contudo, que mesmo a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787<sup>184</sup>, originalmente não trazia uma declaração de direitos. Somente em 15 de dezembro de 1791 foram ratificadas as primeiras dez emendas, conhecidas por *The Bill of Rights* e que se revelam na declaração de direitos do povo norte-americano. Enfatizamos tais fatos para colocar em relevo que a luta pelos direitos humanos não tem uma data, um período ou uma geração. Em realidade, é um constante desenvolvimento do respeito ao ser humano e suas necessidades para uma vida mais digna. Convém ressaltar que posteriormente, já no

---

<sup>183</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 517.

<sup>184</sup> Data da assinatura formal do texto por 39 dos 55 delegados que estavam reunidos em convenção, desde 14 de maio de 1787.

século XX, é que surgiram as primeiras declarações de direitos sociais, a exemplo da Constituição mexicana de 1918 e Constituição alemã de Weimar.

Mesmo assim, não é absolutamente correto afirmar que os direitos humanos nasceram com a Constituição norte-americana ou com a Revolução Francesa. Com efeito, é possível citar alguns antecedentes formais das declarações de direitos, como: em Roma, a Lei de Valerio Publicola (proibindo penas corporais em certas situações) ou o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo* (uma espécie de *habeas corpus*). Na Idade Média, surgiram alguns documentos limitadores do poder dos reis, tais como os pactos, os forais e as cartas de franquias. Na Espanha, cita-se o de Leon de Castela (1188), de Aragão (1265) e de Viscaia (1526). Na Inglaterra, podem ser referidos a *Magna Charta* (1215), o *Petition of Rights* (1628), o *Act of Habeas Corpus* (1679) e, finalmente, o *Bill of Rights* (1688).

Apenas modernamente é que foram editadas a Declaração do Bom Povo da Virgínia (12 de janeiro de 1776) e a Constituição dos Estados Unidos (1787), com a declaração introduzida em 1791. E, para reafirmar que os direitos humanos não são fruto de um só momento político-social ou movimento, cita-se ainda a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789, incorporando o pensamento de Locke, Rousseau e Montesquieu, e que adotou a técnica de declaração formal da Constituição de Virgínia. Assim, conclui-se que, paralelamente ao movimento na América, caminhava também o pensamento dos liberais europeus, culminando com aquele que se tornou, sem dúvida, o mais famoso movimento pelos direitos do ser humano. Após as citadas declarações de direitos sociais, recentemente tivemos a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), documento que atualmente norteia os povos na condução de seus Estados democráticos.

Pode-se dizer, todavia, que a despeito da luta histórica, os direitos fundamentais do homem, ou direitos humanos, abrangendo os direitos individuais e

coletivos, modernamente surgiram na França e nos Estados Unidos, como decorrência da Revolução Francesa e do movimento pela independência americana.

Nesse contexto de individualismo clássico, o Estado era o grande inimigo, ou o *Leviatã*, situação em que os indivíduos tinham de se proteger contra suas investidas. Mas uma filosofia social deu lugar ao individualismo, colocando o Estado não mais como um inimigo, mas sim um parceiro na busca do bem-estar social, ficando ele obrigado a satisfazer as necessidades coletivas da sociedade. Karl Loewenstein diz que o resultado visível desse processo é que as exigências de uma maior segurança econômica e de justiça social terminaram concretizadas nos direitos fundamentais de conteúdo social e econômico. O autor assinala que esses novos *direitos* fundamentais se diferenciam, na essência, dos reconhecidos no antigo catálogo liberal, dizendo que “não estão destinados a garantir a liberdade frente ao Estado e a proteção contra o Estado, senão que são pretensões do indivíduo ou do grupo coletivo ante o Estado. O Estado tem, primeiro, que atuar para satisfazer esses direitos fundamentais”.<sup>185</sup>

Os direitos sociais e econômicos surgiram após a 1ª Guerra Mundial e a chamada Revolução Industrial, e, por último, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, fruto do fim da 2ª Grande Guerra Mundial, incorporando os direitos sociais, inclusive o direito à educação<sup>186</sup>. Essa Declaração, como sabido, foi adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil nessa mesma data. A incorporação ao direito pátrio é inquestionável, razão pela qual deixamos de

---

<sup>185</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 400.

<sup>186</sup> “Artigo XXVI – 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.



examinar o específico mecanismo de incorporação. Contudo, voltaremos a tratar dessa Declaração no item relativo à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Cabe ressaltar que esse não é o único documento recente sobre direitos fundamentais do ser humano ou sobre educação, podendo ser citados a Declaração Mundial de Educação para Todos, decorrente da Conferência de Jomtien, na Tailândia, e a Declaração de Salamanca, da UNESCO, de 1994, que propõe a adoção da educação inclusiva<sup>187</sup>. Outros poderiam ser citados, todavia entendemos desnecessário neste trabalho, porque a base é, de fato, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. Aliás, Karl Loewenstein anota:

“Atualmente, entre os típicos direitos sociais se encontram o direito ao trabalho e a proteção em caso de desemprego, salários mínimos, número máximo de horas de trabalho, férias remuneradas, suficiente tempo para o descanso, o direito de formar sindicatos, o direito a uma melhora do nível social recebendo uma moradia adequada, *acesso de todos às instituições de ensino, inclusive o ensino superior* e, finalmente, esse complexo que se conhece como legislação social e que compreende a proteção em caso de acidente de trabalho, assistência à velhice, à maternidade e benefícios para as famílias numerosas. Tudo isso são agora instituições bem conhecidas do Estado do Bem-estar.”<sup>188</sup>

Ainda, segundo a doutrina constitucional, direitos sociais são verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória pelo Estado, cuja finalidade está na melhoria das condições de vida dos menos privilegiados, assegurando-lhes a busca da igualdade social<sup>189</sup>. José Afonso da Silva não destoa, acrescentando que os direitos sociais são dimensão dos direitos fundamentais do homem, acrescentando que as prestações positivas são proporcionadas pelo Estado – direta ou indiretamente – sempre visando melhorar as condições de vida dos mais necessitados, com tendência a realizar a equalização de situações sociais

<sup>187</sup> Em brevíssimas linhas, educação inclusiva significa matricular todas as crianças em escolas regulares, exceto em circunstâncias especialíssimas, nas quais se recomenda o tratamento diferenciado. Pela excelência do trabalho, ver: RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. O direito ao ensino fundamental da criança e do adolescente ‘com deficiência’. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

<sup>188</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, p. 401 (tradução e grifos nossos).

<sup>189</sup> MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 193.



desiguais<sup>190</sup>. Ressaltando a característica de ser um dever do Estado, Celso Ribeiro Bastos anota que, enquanto os direitos individuais impõem um não fazer ou um dever de abstenção, os direitos sociais, ao contrário, correspondem a uma imposição de deveres ao Poder Público, objetivando o desenvolvimento do ser humano, sobretudo dos mais carentes<sup>191</sup>. Neste passo, importante anotar que os direitos sociais ganharam relevância constitucional a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição alemã de Weimar, sem esquecer da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (aprovada em 1918 pelo Congresso Pan-russo dos Sovietes), fundada nas teses socialistas de Marx, Engels e Lênin, chegando hoje ao que José Joaquim Gomes Canotilho denomina Constituição social, nos seguintes termos:

“O conceito de constituição social servirá aqui para designar o conjunto de direitos e princípios de natureza social formalmente plasmados na constituição. Ao contrário do que acontece na maior parte das constituições, esta ‘constituição social’ não se reduz a um conceito extraconstitucional, a um ‘dato constituído’, sociologicamente relevante; é um amplo supraconceito que engloba os princípios fundamentais daquilo que vulgarmente se chama ‘direito social’.”<sup>192</sup>

Como se sabe, as Constituições ou declarações de direitos anteriores (americana ou francesa, p.ex.), nasceram da necessidade de proteção do indivíduo contra o Estado. Esses direitos são chamados de primeira geração, justamente pela condição de primeiro se colocarem na proteção do indivíduo. Todavia, percebeu-se logo depois que a proteção só alcançava aqueles que já estavam estabelecidos em categorias sociais ou econômicas mais elevadas. Aos trabalhadores e, de maneira geral, aos mais humildes, importava pouco tal proteção contra o Estado, em favor de suas liberdades, porque sua condição econômica já os colocava em situação de absoluta desproteção, carecendo de meios para usufruir o direito de liberdade, v.g.,

<sup>190</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 277.

<sup>191</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 227.

<sup>192</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 345. Idênticas palavras se encontram na obra do mesmo autor *Direito constitucional*, cit., p. 477.

pois seu tempo era totalmente preenchido com a atividade na indústria ou na agricultura, nas quais era usada a mão-de-obra barata e abundante. Constitui-se a partir de então a segunda geração de direitos fundamentais. Essa é a lição de Celso Ribeiro Bastos.<sup>193</sup>

Os direitos sociais nascem da necessidade do Estado *fazer* pelos mais carentes. O Estado deixa de exercer apenas suas funções básicas de administração, para praticar políticas de atuação positiva, visando diminuir a distância entre as classes sociais. No Brasil, a Constituição de 1934 inaugurou a inscrição de um título específico da ordem econômica, ali alocando os direitos sociais. Na Constituição de 1988, os direitos sociais estão elencados em capítulo próprio, cotejando sobretudo os direitos dos trabalhadores, mas sem esquecer o direito a educação, a saúde, ao lazer, a segurança e a previdência, chegando a moradia, por força da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000. Em suma, diz a Lei Maior que o Estado brasileiro deve atuar positivamente para garantir aos brasileiros os direitos ali dispostos. Não passa despercebido que os direitos sociais se constituem em capítulo do Título II da Carta, justamente o que assenta os direitos e garantias fundamentais, juntamente com os direitos e deveres individuais (correspondendo aos direitos fundamentais de primeira geração), a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos, merecendo bem por isso, maior atenção. Sem prejuízo da conceituação dos direitos sociais que aludimos acima, mister aprofundarmos no tema, permitindo a exata compreensão da dimensão tomada pela educação no nosso sistema constitucional, examinando a evolução histórica, sob a ótica dos destinatários de sua proteção, desde a Roma antiga, até os dias atuais.

Afirmamos que os direitos sociais estão incluídos dentre os direitos e garantias fundamentais do ser humano, identificando-se pois com os genericamente denominados direitos humanos. Embora pareça muito claro que esse ponto encontra especial relevância na Constituição de 1988, sabemos que a temática não encontrou o atual eco em Constituições anteriores, a exemplo da Carta de 1967. Na vigente, os

---

<sup>193</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 157.



direitos fundamentais estão colocados logo no início, anteriormente à própria estrutura do Estado, enquanto na Constituição de 1967 vinha próximo do final, a partir do artigo 153, revelando de alguma forma que o constituinte *revolucionário* atribuía mais importância à estruturação do Estado do que ao ser humano, destinatário único de todas as prescrições jurídicas e, em última análise, razão da própria existência do Estado.

De toda forma, os direitos fundamentais possuem significativa relevância no sistema jurídico pátrio, podendo mesmo se afirmar que é essa uma tendência mundial, colocando o ser humano em posição da qual jamais deveria ter saído. A estruturação do Estado e sua atuação estão hoje, de forma mais clara, atuando em favor do ser humano, em benefício da sociedade, como de resto é sua função mesmo. O Estado é criação do direito para servir a sociedade, jamais o contrário. Não obstante, nem sempre os circunstanciais detentores do poder assim encaram a função do Estado e mesmo as decisões do constituinte, deixando de concretizar direitos estampados na Constituição, como sabido. A doutrina cumpre o relevante papel de estudar a natureza e o regime dos direitos (e deveres), em especial os direitos fundamentais, permitindo compreendê-los e concretizá-los. Desse tema nos ocuparemos a seguir.

## 2.2 Regime constitucional dos direitos fundamentais

Visto esse limitado relato do desenvolvimento histórico-político-social, podemos afirmar com Norberto Bobbio que os direitos humanos dividem-se em gerações, sendo a primeira delas ligada aos direitos civis e políticos, também conhecidas como liberdades negativas. Depois vieram uma segunda geração de direitos humanos, de conteúdo positivo, ou um fazer do Estado, como já se afirmou, aí incluindo os direitos sociais e culturais e os de natureza econômica. Agora já se fala em uma terceira geração de direitos do ser humano, ligados às questões que



afetam o conjunto de seres humanos, tais como os direitos de paz, de desenvolvimento sustentado, do meio-ambiente, biodireito, dentre outros.<sup>194</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho, no mesmo sentido, refere-se à distinção possível, tendo em vista a posição jurídica do cidadão, titular dos direitos em relação ao Estado, distinguindo-se então direitos e liberdades públicas. Diz ele que as liberdades teriam um *status negativus* e por elas objetiva-se defender os próprios cidadãos perante a intervenção estatal, advindo daí outras designações como direitos negativos. Os direitos propriamente ditos seriam os ligados ao que chama de *status activus* ou *status positivus*, salientando ainda as “liberdades de participação”, verdadeiros direitos às prestações necessárias ao desenvolvimento do indivíduo, também conhecidos como “direitos econômicos, sociais e culturais”<sup>195</sup>. José Joaquim Gomes Canotilho não chega a fazer nenhuma diferenciação sob o ponto de vista da efetivação, entre os direitos e as liberdades. Afirma que “neste plano, consideram-se os direitos em análise como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exeqüibilidade imediatas”. Seguindo, exemplifica o autor referindo-se à Constituição portuguesa: “Assim, (...) o direito à educação e cultura (artigo 73º), o direito ao ensino (artigo 74º) (...) são direitos com a mesma densidade subjectiva dos direitos, liberdades e garantias”<sup>196</sup>. Entre nós, claramente falando em direitos de primeira, segunda, terceira e até quarta gerações estão Paulo Bonavides<sup>197</sup>, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>198</sup> e Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior.<sup>199</sup>

<sup>194</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. Passim.

<sup>195</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 519.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 666.

<sup>197</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 514 e ss.

<sup>198</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 252.

<sup>199</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 64 e ss.



Nesse contexto se insere o direito à educação, inicialmente assegurado no artigo 6º e depois tratado de maneira detalhada nos artigos 205 e seguintes da Carta Política. A educação é ali colocada como um direito de todos, além de ser dever do Estado e da família.

Historicamente, como se viu, os direitos humanos passaram de uma concepção eminentemente individualista<sup>200</sup> para um foco coletivista, avançando agora para um prisma difuso, é dizer, considerando toda a sociedade, todos os indivíduos como grupo social indeterminável. Essa dinâmica não ficou restrita aos direitos fundamentais do ser humano enquanto tais, mas atingiu toda a doutrina jurídica relativa aos direitos subjetivos, centrada na figura do indivíduo como único titular de direitos. Essa discussão encontra aqui cabimento, em razão do evidente paralelo existente entre o desenvolvimento dos direitos fundamentais *vis a vis* os destinatários deles, gerando conseqüências quanto à defesa dos mesmos. É de Norberto Bobbio a lição segundo a qual “com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado”.<sup>201</sup>

É perfeitamente possível dizer que os direitos fundamentais de primeira geração, ligados que são ao *não fazer* do Estado, exigiam apenas um comportamento negativo dele, seja por ações administrativas ou legislativas, relacionando-se individualmente com cada pessoa. Num passo seguinte e com relação aos direitos fundamentais de segunda geração, caracterizados que são pelas prestações positivas do Estado – *um fazer* – exigem um comportamento comissivo dele, buscando atingir o pleno desenvolvimento social e econômico. Com isso, de um perfil individualizado, passa-se à coletivização, à evidência sem desconsiderar o indivíduo enquanto tal. Por fim, relativamente aos direitos fundamentais de terceira

---

<sup>200</sup> Nesse sentido: SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

<sup>201</sup> BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, p. 69.



geração, busca-se a satisfação não de um só indivíduo ou de um grupo social determinado, mas de toda a espécie humana, difusamente considerada, dando maior densidade ao conceito de *universalização* dos direitos fundamentais do ser humano, pois cada vez mais nos convencemos de que não basta o respeito aos direitos de um indivíduo, se ele não está satisfeito sob o ponto de vista econômico-social. E nem isso é suficiente, pois poderia haver pleno respeito aos seus direitos individuais e coletivos, mas sua fruição estar bloqueada pelo desrespeito aos direitos fundamentais do ser humano como gênero. É de se perguntar, a título de exemplo: de que adianta ser o ser humano livre, social e economicamente garantido, se o meio ambiente em que vive está poluído e impede sua felicidade? Que dizer do direito à paz mundial? E quem seriam os destinatários do direito fundamental ao meio ambiente hígido ou a um mundo em que os povos convivam harmônica e solidariamente? Seriam apenas alguns indivíduos ou grupos sociais determinados? A quem compete exigir tal direito?

Essas questões levaram ao repensar da doutrina sobre o direito subjetivo, umbilicalmente ligado ao interesse puramente individual, partindo para os interesses coletivos, e agora, hodiernamente, os interesses difusos. Maria Helena Diniz explica que existe correlação entre o direito subjetivo e o objetivo, conceituando este como sendo um “conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando o indivíduo a fazer ou a não fazer algo”<sup>202</sup>. Segue ela afirmando que “direito subjetivo é sempre a permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo. Um não pode existir sem o outro. O direito objetivo existe em razão do subjetivo, para revelar a permissão de praticar atos. O direito subjetivo, por sua vez, constitui-se de permissões dadas por meio do direito objetivo”<sup>203</sup>. Pode-se afirmar, com base nessa lição, que direito objetivo é o conjunto de normas jurídicas, explícitas ou implícitas, que formam o plexo jurídico permitidor de o indivíduo agir desta ou daquela maneira. Tais direitos são caracterizados pela individualidade, aqui

---

<sup>202</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 228.

<sup>203</sup> *Ibidem*, mesma página.



entendida como caráter excludente em relação a outros indivíduos. As pessoas têm o direito de propriedade, v.g., e podem ou não fruí-lo, sendo pois um direito disponível. Se, contudo, optarem pela fruição, impedem que outros o façam em relação ao mesmo objeto. Daí que só o interessado tem legitimidade para defender o *seu* direito, competindo só a ele decidir se o fará. Se o fizer, em face da disponibilidade, pode optar pela resolução em perdas e danos, tudo isso levando à conclusão de que tais interesses individuais possuem abrangência limitada em relação à sociedade. Evidentemente que eventual disputa, no mais das vezes, se restringe a dois indivíduos. Claro que é possível um indivíduo demandar mais de uma pessoa, mas sempre prevalecerá a relação individual entre eles. Numa perspectiva civilista, decorrente do individualismo liberal, Caio Mário Pereira da Silva afirma que:

“Quando alguém se refere ao preceito emanado da autoridade, chama-o direito, porque aí enxerga a norma de conduta, revestida de autoridade. Quando alude à projeção individual da norma, ou ao seu efeito, igualmente lhe dá o nome de direito. Para distinguir um e outro sentido, qualifica-o, no primeiro caso, como direito objetivo, traduzindo o comando estatal, a norma ditada pelo Poder Público. (...) No segundo caso, acrescenta-lhe outro adjetivo, para denominá-lo direito subjetivo, abrangendo o poder de ação contido na norma, a faculdade de exercer em favor do indivíduo o comando emanado do Estado (...).”<sup>204</sup>

Salientamos que a doutrina tradicional dos direitos subjetivos leva inexoravelmente a um exclusivismo, tendo um indivíduo de um lado, buscando seu direito contra outro indivíduo, ou o próprio Estado, mas sempre desprovido de qualquer liame com os demais indivíduos que formam a sociedade. Ainda que não se fale em um indivíduo como pessoa natural, definido de forma física, sempre se estará falando de pelo menos um grupo cujos interesses são, em última análise, meramente individuais. Isso é o que nos importa neste trabalho, permitindo traçar uma linha entre os direitos objetivos individuais, os direitos subjetivos igualmente individuais e o caráter individualista dos direitos fundamentais de primeira geração, com aqueles que representam o avanço. Note-se que tais direitos têm por escopo

principal a salvaguarda do indivíduo, sem considerar sua inserção na sociedade em que vive.

Em momento histórico seguinte, vieram os direitos fundamentais de segunda geração que, como visto, estão focados basicamente na defesa dos direitos sociais e econômicos, contudo sem desconsiderar o indivíduo enquanto tal. Todavia, nota-se que a proteção dada considera os grupos sociais ligados por um liame jurídico, a exemplo de categorias profissionais, aposentados ou necessitados de determinados serviços públicos de saúde ou educação. Os interesses desses grupos transcendem o interesse próprio, meramente individual, pois que possuídos por um conjunto de pessoas ou uma coletividade. Esses interesses coletivos, também chamados de transindividuais, têm a característica básica de possuírem natureza indivisível e serem titularizados por um grupo, categoria ou classe, ligados por uma relação jurídica<sup>205</sup>. Para Belinda Pereira da Cunha, os interesses ou direitos coletivos são também os transindividuais e de natureza indivisível, cujo titular é um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base<sup>206</sup>. No mesmo sentido está a lição de Hugo Nigro Mazzilli.<sup>207</sup>

Releva notar que ao avanço do espectro de proteção dos direitos fundamentais do homem, passando dos meramente individuais para os sociais e econômicos, atingindo portanto categorias, classes ou grupos, correspondeu um avanço na teoria jurídica relativa à tutela desses mesmos direitos. Não se descarta que os direitos fundamentais de segunda geração tiveram nascimento no início do século XX, e somente depois, nos anos 70, é que as teorias sobre a tutela desses

---

<sup>204</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1. p. 11.

<sup>205</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 119.

<sup>206</sup> CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 40.

<sup>207</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.



mesmos direitos encontraram terreno fértil para desenvolvimento. Narra Hugo Nigro Mazzilli: “Foi a partir de 1974, com os trabalhos de Mauro Capelletti, que sofreu especial crítica a tradicional dicotomia entre interesse público (o indivíduo em relação ao Estado) e interesse privado (os indivíduos inter-relacionando-se)”<sup>208</sup>. A partir disso, verificou-se um substancial avanço quanto ao entendimento dos direitos subjetivos do indivíduo e dos grupos ou categorias, significando a vitória do coletivo sobre o indivíduo. Essa coletivização dos interesses leva igualmente à equalização dos direitos, redundando na aplicação do princípio da igualdade, de forma a atingir não só o indivíduo *vis a vis* outra pessoa, mas as próprias classes ou categorias sociais, que passaram a ter proteção igual do Estado, aí considerada sua particular inserção na sociedade. Desse modo, a classe dos trabalhadores passou a contar com especial proteção contra abusos perpetrados pelos patrões, limitando-se a jornada de trabalho, concedendo-lhes salário mínimo, férias, dentre outros. É direito de todos, mas sobremaneira dos menos afortunados, a saúde, moradia e educação, cabendo ao Estado proporcioná-los, e às categorias interessadas buscar a proteção coletiva. Jose Castan Tobeñas diz que a igualdade efetiva – social e econômica – somente pode ser conseguida em aspectos muito limitados. Não obstante, o Estado e o Direito devem aspirar a ela, porquanto seja justo e possível, exigindo-se especialmente uma política niveladora que, por via mais ou menos direta, removendo os obstáculos que se opõem ao pleno desenvolvimento da personalidade nas classes populares, vá abrindo a todos os extratos sociais os benefícios da cultura e da seguridade econômica. E continua:

“Devem as leis, hoje, fugir de distinções e discriminações arbitrárias, injustas ou hostis contra determinadas categorias de pessoas. E devem conceder a todos os homens a maior participação possível nas funções estatais não com um critério – que seria funesto – de inexistência de hierarquias e obrigatórias prerrogativas, senão mediante a supressão de privilégios arbitrários e o estabelecimento de condições favoráveis – critério de igualdade de oportunidades – para que não se fechem a ninguém as vias de acesso às funções diretivas e às culturais.”<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>209</sup> CASTAN TOBEÑAS, Jose, *Los derechos del hombre*, p. 62.



Esse avanço é sem dúvida significativo sob o aspecto social, pois permite caminhar para uma nação mais justa e fraterna, lembrando que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos exatos termos do artigo 3º da Carta Política. Depois, o artigo 193, na abertura do Título VIII – Da ordem social, dispõe, *in verbis*: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Afirmamos que os direitos fundamentais sociais e econômicos do ser humano destinam-se, pois, à proteção de grupos ou categorias, coletividades ao menos identificáveis, ligadas por um liame jurídico, sempre tendo por parâmetros o acima mencionado. Isso contudo não pode ser compreendido sob um prisma corporativo, segundo o qual os interesses deixam de ser individuais para tornarem-se reféns de grupos ou categorias, que nada mais seriam que grupos reproduzindo os interesses das pessoas. Na realidade, a mudança está em que os interesses são agora despersonalizados, passando ao primeiro plano os interesses da coletividade, frente aos dos indivíduos.

Essa mudança de foco, é dizer, do indivíduo para o coletivo, não encontrou barreira e avançou para uma nova visão, ápice do desenvolvimento da tradicional doutrina dos interesses subjetivos, relacionando-os com os direitos fundamentais do ser humano de terceira geração.

A par dos interesses coletivos, encontramos os interesses de grupos menos determináveis de pessoas, em relação às quais não existe um liame ou vínculo jurídico preciso. Em função disso, a titularidade do interesse é de difícil determinação, pois a ligação entre o grupo ou categoria é meramente circunstancial. No dizer de Belinda Pereira da Cunha, são “direitos difusos aqueles cujos titulares não possam ser definidos, inexistente, portanto, a relação jurídica-base entre eles e



indivisível o bem jurídico que objetivam, ultrapassando a esfera de atuação individual dos indivíduos”<sup>210</sup>. Para Hugo Nigro Mazzilli, “em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria do interesse público”.<sup>211</sup>

Nota-se correlação entre o movimento de despersonalização, de desindividualização dos interesses ou direitos, ocorrido no início do século, coincidindo com o aparecimento dos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais e econômicos), com o atual momento de desenvolvimento dos direitos fundamentais do ser humano, no qual se procura buscar saídas para os novos problemas percebidos pelos seres humanos em seu conjunto. Hoje, o foco está nas condições para a própria sobrevivência e perpetuação do ser humano na Terra, voltando-se ainda para o asseguramento não de mera vida, mas digna vida para todos, independentemente de seu *status* social ou econômico ou a classe ou categoria a que pertença. Segundo Norberto Bobbio:

“Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, *na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.”<sup>212</sup>

Direitos como o de paz, de solidariedade, do consumidor, pleno emprego, meio ambiente hígido, dentre outros, passaram a ocupar o universo jurídico, afastando mais ainda a lógica jurídica individualista. Tais interesses atingem o ser humano de forma generalizada, ultrapassando em muito o indivíduo, sendo pois marcadamente transindividuais, sem que exista um vínculo jurídico-base entre eles. A ligação se dá em razão de circunstâncias de fato, meramente acidentais,

<sup>210</sup> CUNHA, Belinda Pereira da, *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor*, p. 39.

<sup>211</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 21.

<sup>212</sup> BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, p. 30.





facilmente mutáveis portanto. Daí a dificuldade de definir quem é o titular do interesse jurídico, levando à indeterminação subjetiva.

Essa indeterminação não impede que o indivíduo busque a satisfação de seu interesse pessoalmente (como no caso da ação popular), mas sempre estará agindo em nome da sociedade, por substituição processual, como ensinam os versados no direito adjetivo. Mas o que entendemos mais relevante nesse desenvolvimento é que tanto os direitos fundamentais de segunda ou terceira gerações, como os interesses difusos em relação à subjetividade da titularidade, levam todos os militantes do Direito a uma nova atuação, com postura redefinida para a busca da satisfação de toda a sociedade, não mais de um indivíduo ou coletividade determinada. Essa nova postura do Direito certamente levará essa ciência a atingir seu fim, o pleno desenvolvimento do ser humano. O Direito deixa de ser privilégio de uns que detêm o conhecimento de suas vicissitudes, ou grupos poderosos, para se tornar legítimo instrumento de satisfação da sociedade, do ser humano universalmente considerado, pouco importando se rico ou pobre, estudado ou não, poderoso ou o mais humilde dos cidadãos. No fundo o que se busca é o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e, para isso, “tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao *caput* do artigo 225, normas essas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição, assim como direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.”<sup>213</sup>

Os direitos fundamentais do ser humano de terceira geração, insistimos, congruentes com os interesses difusos, caracterizam-se por dizer respeito a todos, indistintamente. São de todos, mas ao mesmo tempo não são de ninguém, individualmente tomado. Quem é o titular do direito à paz mundial, à solidariedade

entre os povos, ao meio ambiente hígido? Todos e ninguém ao mesmo tempo. Essa característica leva à necessidade de dirigir as ações humanas, em particular para que os direitos difusos sejam preservados – é dizer – antes que sejam eles violados, permitindo verdadeira prevenção, evitando que as consequências danosas do descumprimento sejam sentidas. Por outro lado, como a titularidade dos direitos difusos não é de nenhum indivíduo, possível e recomendável que a própria sociedade, seja por associações, sindicatos ou mesmo o Estado, por qualquer de seus órgãos personalizados (v.g. Ministério Público, União, Estados, Municípios, fundações, autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista), atue para compelir os responsáveis a tomar as providências tendentes a manter incólumes aqueles direitos, antes mesmo do dano efetivo ter ocorrido. Com isso, desnuda-se o caráter prospectivo do Direito, o atuar positivamente em favor da sociedade, sem nenhuma necessidade de aguardar a ocorrência do dano efetivo. A mera potencialidade de dano já permite a atuação, ensinando, encaminhando, conduzindo à melhor solução para o ser humano.

Neste ponto, retornamos à temática central deste estudo, lembrando que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, conforme prescreve o já citado artigo 205, congruente com o *caput* do artigo 6º, ambos da Constituição. Por outro lado, a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho, valores fundamentais da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito<sup>214</sup>. A importância da educação é notável, pois só com ela conseguiremos manter o Estado Democrático de Direito, com os fundamentos mencionados, máxime a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>213</sup> NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

<sup>214</sup> Constituição Federal: “”Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Dito isso, possível perguntar: de quem seria o interesse subjetivo de ver o direito à educação plenamente exercido? De um ou outro indivíduo? Quiçá dos governantes? Ou é de se questionar se estaria correto Karl Loewenstein, ao afirmar que os direitos fundamentais de conteúdo social e econômico exigem, como *conditio sine qua non*, a atuação estatal: “*El Estado tiene, primero, que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales. No son derechos en el sentido jurídico, ya que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado, antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal.*”<sup>215</sup>

Não. O interesse é do ser humano, qualquer que seja ele, difusamente considerado. Todos nós temos interesse subjetivo de ver a educação ministrada de maneira que atenda suas finalidades e o Estado tem o dever jurídico de ofertá-la, tratando-se sim de direitos tais como os demais direitos fundamentais. Com a educação, especificamente, teremos pessoas conscientes de suas cidadanias, vivendo dignamente e almejando um futuro melhor na Terra.

Em sentido oposto à afirmação de Karl Loewenstein se posiciona José Joaquim Gomes Canotilho, que disserta sobre o princípio da democracia econômica e social, constituindo-se em verdadeira autorização constitucional<sup>216</sup> para o legislador democrático e os demais órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional, sob o prisma de justiça constitucional, com roupagem de justiça social. Diz ele em relação à Constituição portuguesa: “O princípio da democracia econômica e social impõe *tarefas ao Estado* e justifica que elas sejam tarefas de

---

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

<sup>215</sup> LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, p. 401. Deliberadamente, mantivemos o texto no original, para garantir o exato pensamento do autor.

<sup>216</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 468.



conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os portugueses (art. 9º/d e 81º/a e b).”<sup>217</sup>

Além disso, o autor, continua a lição, diz que o princípio referido aponta para o da “proibição de retrocesso social”, no sentido que “os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*”<sup>218</sup>. E mais, tirante a questão fática da irreversibilidade das conquistas sociais, ante a crises econômicas ou recessões, v.g., esse princípio justifica uma limitação à livre e oportunística disposição do legislador em diminuir os direitos adquiridos, dando como exemplo a segurança social, subsídio ao desemprego e prestações de saúde, em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural. Esse reconhecimento da proteção de “direitos prestacionais de propriedade” subjetivamente adquiridos, é um limite jurídico ao legislador, ao mesmo tempo é obrigação de realização de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjetivamente alicerçadas. Conclui dizendo: “Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’ (assim, por ex., será inconstitucional uma lei que reduz o âmbito dos cidadãos com direito a subsídio de desemprego e pretenda alargar o tempo de trabalho necessário para a aquisição do direito à reforma.”<sup>219</sup>

É de se dizer, também, que a efetivação dessas medidas obviamente traz elevados custos econômicos para o Estado. Assim, em princípio, os direitos sociais garantidos no artigo 6º da Constituição constituem direitos subjetivos. Todavia, os recursos econômicos do Estado são limitados e devem atender a despesas de

---

<sup>217</sup> Ibidem, p. 468, grifos no original.

<sup>218</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>219</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 469. Reforma possui, entre nós, o sentido de aposentadoria.



variadas naturezas. Logo, ficam os direitos sociais submetidos ao princípio da *reserva do possível*, o que, contudo, não significa que o artigo 6º da Lei Maior careça de eficácia<sup>220</sup>. É que tal dispositivo limita a atividade legislativa, que não pode contrariá-lo, como, por exemplo, negando a algumas pessoas por lei o direito à moradia; mas, de fato, não tem força suficiente para, no plano concreto, garantir o direito à moradia a todos, mercê da escassez de recursos econômicos do Estado<sup>221</sup>. Serve ainda de paradigma para a interpretação de outros preceptivos legais; bem como orienta a atuação da administração pública. Nesse sentido, ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

“Por um lado, as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, económicos e culturais implicam uma interpretação das normas legais de modo conforme com elas (por ex., no caso de dúvida sobre o âmbito de segurança social deve seguir-se a interpretação mais extensiva possível). Por outro lado, a inércia do Estado quanto à criação de

<sup>220</sup> Para José Joaquim Gomes Canotilho: “Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma reserva possível, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos recursos económicos, a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos.” (*Direito constitucional*, p. 545).

<sup>221</sup> Cuida-se de tema polêmico, sobre o qual há opiniões diversificadas. Recentemente, tal princípio mereceu a crítica de Fábio Konder Comparato: “A Constituição determina que ‘a propriedade atenderá à sua função social’ (art. 5º, inc. 23). Mas ninguém ignora que a grande propriedade, no campo ou na cidade, só excepcionalmente se enquadra nesse dispositivo constitucional. A Constituição declara, como direito fundamental dos trabalhadores, ‘salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo’ (art. 7º, inc. 4). Seria injurioso pretender que o Presidente da República, que foi um notável líder sindical, desconhece estar o salário mínimo vigente no país escandalosamente distante desse mandamento constitucional. A Constituição estabelece, como princípio da ordem económica, ‘a busca do pleno emprego’ (art. 170, inc. 8). Mas as estatísticas oficiais demonstram que todos os governos que aceitaram as imposições do FMI sobre o ‘ajuste fiscal’, inclusive o atual, foram diretamente responsáveis por uma agravção brutal do desemprego. A tudo isso (e a muitas outras normas constitucionais que, citadas, encheriam toda esta página) o Presidente da República e seu Ministro da Fazenda provavelmente responderão, instruídos (quem sabe?) por algum candidato a Ministro do Supremo Tribunal Federal, que o respeito aos direitos fundamentais de caráter social está submetido ao princípio da ‘reserva do possível’. Ora, como a dívida pública corresponde a mais da metade do PIB anual e o pagamento de juros desse saldo devedor consome cerca de 10% do que anualmente se produz no país, não causou surpresa verificar que o montante dos gastos sociais do governo federal, em 2003, equivalia a menos da metade das quantias efetivamente pagas no serviço da dívida pública.” (Quem fomenta a desordem? *Folha de S. Paulo*, de 28 abr. 2004. Opinião, Tendências e Debates, p. 3).



condições de efectivação pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão (art. 283º), considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida.”<sup>222</sup>

A característica essencial dessas prestações positivas impostas ao Estado pelo artigo 6º é que “elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*”<sup>223</sup>. Assim, como foi garantido pela Lei Maior o direito ao trabalho, deve o Estado adotar uma política adequada à criação de empregos. O mesmo raciocínio vale para os demais (educação, previdência social etc.). Há, portanto, vinculação jurídica a decisões administrativas que seriam eminentemente políticas, sem olvidar porém que elas ficam submetidas ao princípio da reserva do possível. Sobre a reserva do possível em relação ao direito a educação, Gilmar Ferreira Mendes escreve:

“A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenómeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política. Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efectivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas universidades (*numerus-clausus Entscheidung*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des Möglichen*).”<sup>224</sup>

De fato, embora possa parecer claro que os direitos fundamentais sociais sejam perfeitamente passíveis de concretização efetiva, sabemos que o Estado não tem forças, ainda que queira, para atender a toda demanda social. Então, a par da exigibilidade do direito, há mesmo que se ponderar a existência da cláusula da

<sup>222</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 545.

<sup>223</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Repertório de Jurisprudência IOB*: tributário, constitucional e administrativo, n. 9, p. 335, 1ª quin. maio 2002.

<sup>224</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional, p. 335.



*reserva do possível*, tese referida por José Joaquim Gomes Canotilho, pois como ele mesmo afirma:

“No campo dos direitos a prestações se evidencia, igualmente, a aporia da constituição dirigente: a um máximo de ‘desejabilidade constitucional’ de direitos econômicos, sociais e culturais, corresponde, em geral, uma relativização dos mesmos direitos, derivada da *interpositio* necessária do legislador e da subordinação da efetividade constitucional à proclamada *reserva do possível* (em termos econômicos, sociais e, naturalmente, também políticos).”<sup>225</sup>

Diz o constitucionalista português que a realização dos direitos fundamentais é, em certo sentido, um relevante problema de competência constitucional, pois ao legislador compete, “dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as ‘prestações’ integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”<sup>226</sup>. Todavia, para a solução desse paradoxo sugere que tais dificuldades sejam compensadas por uma intensificação de participação democrática, de modo a evitar-se que, a pretexto de não haver *meios jurídicos*, os direitos fundamentais se tornem *fórmulas vazias*, se o legislador não tiver vontade ou for incapaz de atualizar os direitos econômicos, sociais e culturais constitucionalmente garantidos e, para que o *conhecimento jurídico* e as *valorações políticas* dos recursos necessários à efetivação dos direitos fundamentais, não resvale para o arbítrio, em total desconformidade com os *princípios de realização* constantes das normas constitucionais. Não se trata de discricionariedade ou liberdade de conformação de caráter negativo, ao contrário, segundo ele, é “uma determinação heterônoma, positiva e negativa, da ‘realização legislativa’ do catálogo de direitos.”<sup>227</sup>

<sup>225</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 365.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 369.

<sup>227</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 378.





As dificuldades de concretização inerentes à natureza dos direitos sociais como um todo, de resto foram também percebidas por Maria Garcia: “Sem dúvida que o objetivo colimado dependerá primacialmente de como se organizem os segmentos da sociedade de modo a realizar essa finalidade que, em última análise, busca concretizar o ideal já constante da Revolução Francesa de 1789: *liberdade, igualdade, fraternidade*”<sup>228</sup>. De toda forma, até pelas próprias dificuldades verificadas, não é possível afirmar que este ou aquele é responsável pela educação. Desde o Estado, passando pela família (como vimos) e os demais integrantes da sociedade, todos são titulares do direito à educação, devendo por isso envidar todos os esforços, na seara do próprio lar, na comunidade a que pertencem; o Estado por suas medidas legislativas ou administrativas, ou ainda, qualquer deles, buscando em juízo a satisfação desse legítimo interesse. Cabe ao Estado-juiz, pela jurisdição, dizer do direito no caso concreto e, se o direito à educação não está sendo respeitado, impõe-se imediata correção.

O Supremo Tribunal Federal reconhece essa possibilidade, justamente decidindo a questão da obrigatoriedade do Estado oferecer a educação infantil, direito fundamental reconhecido. Também o Superior Tribunal de Justiça decidiu no mesmo sentido, inclusive em relação a mesma ação civil pública.<sup>229</sup> É da decisão do Supremo Tribunal Federal:

“É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, ‘às crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV).”<sup>230</sup>

<sup>228</sup> GARCIA, Maria. O direito e a ordem social. *Revista MPD Dialógico*, ano 1, n. 4, p. 18.

<sup>229</sup> STJ – RESP n. 575280/SP, j. 2.9.2004, DJU, de 25.10.2004, p. 228, RSTJ v. 187, p. 155.



Obviamente que o dever da prestação positiva é do Estado, no caso pela pessoa política do Município, embora as demais não estejam totalmente proibidas de fazê-lo. Cabe ao ente federado agir e concretizar a disposição constitucional, mas nem sempre isso ocorre. No caso objeto do recurso extraordinário, o Ministério Público ajuizou ação civil pública em face da Municipalidade de Santo André, ante a constatada inércia, configurando-se omissão relevante. Julgado procedente o pedido em primeira instância, foi a sentença reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, confirmando-se esse resultado em decisão nos embargos infringentes opostos pelo Ministério Público, sob o entendimento de que “tal disposição configura numa indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, diferente do poder jurisdicional daquele consistente em analisar a legalidade do ato administrativo”<sup>231</sup>. No recurso extraordinário que foi conhecido e provido, decidiu o aresto em resposta:

“Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”<sup>232</sup>

Esse mesmo entendimento já havia sido expressamente adotado em outro julgado igualmente relatado pelo Ministro Celso de Mello, tratando-se da arguição de descumprimento fundamental, cujo objeto era a reparação do desrespeito do Chefe do Executivo com o preceito fundamental do direito à saúde, e que tal como o direito à educação, exige aplicação mínima de recursos, ambos fixados constitucionalmente. O Presidente da República vetou disposição do projeto de lei orçamentária e, como isso acabou por desrespeitar o direito à saúde, motivou o

---

<sup>230</sup> STF – RE n. 436.996-6/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 7.11.2005.

<sup>231</sup> TJSP – EI n. 095.819-0/0-01, Câmara Especial, rel. Des. Luis de Macedo, j. 4.8.2003.

<sup>232</sup> STF – RE n. 436.996-6/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 7.11.2005.



ajuizamento por partido político da medida. Todavia, embora tivesse vetado dispositivo do projeto de lei, acabou por encaminhar ao Legislativo projeto de lei justamente no sentido reclamado e, transformando-se após o devido processo legislativo em lei, motivou a perda superveniente do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. De qualquer forma, a decisão enfrenta a tormentosa questão da obrigação do Estado em implementar políticas públicas destinadas ao atendimento dos direitos sociais, bem como a idoneidade da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental (§ 1º do art. 102 da CF, introduzido pela EC n. 3, de 17.3.1993 e a Lei n. 9.882, de 3.12.1999), como instrumento processual-constitucional para compelir o Estado a concretizá-las. Obviamente que o papel da Suprema Corte haveria de ser enfocado, como de fato foi:

“Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, como as liberdades positivas, reais ou concretas (*RTJ* 164/158-161, rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (...).”<sup>233</sup>

Além do tema da possibilidade do Judiciário compelir o Legislativo e Executivo ao cumprimento das prestações positivas, pela via da implementação de políticas públicas, outra questão de igual relevância tinha mesmo de ser objeto de apreciação, dado que os recursos orçamentários e as limitações políticas têm sido freqüentemente usadas como desculpa pelo inadimplemento estatal. Falamos da chamada *reserva do possível*, sobre a qual José Joaquim Gomes Canotilho tratou também, como vimos. Segundo o julgado, a cláusula da reserva do possível deve ser considerada “notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais

<sup>233</sup> STF – ADPF n. 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 4.5.2004.

positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas”<sup>234</sup>. Continua dizendo que a realização de tais direitos caracteriza-se pela gradualidade no processo de concretização e, de certa forma, depende do vínculo financeiro relacionado às possibilidades orçamentárias do ente político. Obviamente que, se comprovada de modo objetivo a incapacidade econômico-financeira, não será possível exigir, dada a limitação material conferida.

Mas o que poderia se mostrar um obstáculo permanente, uma vez que os recursos são sempre escassos, é, em realidade, a própria garantia do oferecimento das prestações positivas exigidas, na medida que não se pode tolerar o abuso, é dizer, a falta de um motivo justo. Segue a decisão:

“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.”<sup>235</sup>

O aresto adverte ainda que a chamada cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado, salvo a existência de motivo justo aferível objetivamente, para o fim de demitir-se da obrigação constitucional da prestação positiva, com muito maior razão se, da omissão estatal, resultar nulificação ou aniquilamento de “direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

Como é possível notar, a eficácia das normas constitucionais, ainda que contenham um programa apenas, não é capaz de acarretar o afastamento da concretização dos direitos constitucionais, como chegam a pensar alguns. A complexidade desse tema justifica uma digressão, que faremos a seguir.

---

<sup>234</sup> STF – ADPF n. 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 4.5.2004.

## 2.3 Normas constitucionais e sua eficácia

O estudo da eficácia das normas constitucionais exige pelo menos uma monografia específica, tão amplo é o tema. José Afonso da Silva, em clássica obra escrita em 1967<sup>236</sup>, classifica as normas constitucionais segundo sua eficácia jurídica, em que toma o cuidado de afirmar que o tema era pouco explorado pelos constitucionalistas brasileiros, cuidando de citar apenas as aulas do professor José Horácio Meirelles Teixeira, que adotava a classificação de Vezio Crisafulli<sup>237</sup>. Também se dedicaram ao tema, mais recentemente, Maria Helena Diniz<sup>238</sup> e Luís Roberto Barroso<sup>239</sup>, podendo ser citados ainda os constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>240</sup>. Todos, pouco mais ou pouco menos, acabaram por classificar as normas constitucionais segundo seu entendimento, podendo qualquer delas servir ao nosso propósito, pois apenas pretendemos introduzir o tema, de modo a permitir uma melhor visão sobre a aplicabilidade dos direitos sociais e, em especial, o direito à educação, à luz da Constituição e os tratados internacionais. Passemos a essas anotações.

A aplicabilidade das normas constitucionais depende especialmente de saber se estão vigendo, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral para a sua aplicabilidade.

A vigência (no sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada) é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância

---

<sup>235</sup> STF – ADPF n. 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 4.5.2004.

<sup>236</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 13.

<sup>237</sup> TEIXEIRA, José Horacio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

<sup>238</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

<sup>239</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

<sup>240</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, cit.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, cit.



obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. É o modo específico da existência da norma jurídica<sup>241</sup>. A legitimidade diz respeito ao poder daquele que elaborou a norma, devendo estar regularmente autorizado para tanto.

A eficácia do Direito pode ser de duas espécies: eficácia social representada por uma efetiva conduta de acordo com a prevista pela norma, que é realmente obedecida e aplicada. A segunda é a eficácia jurídica, qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos.<sup>242</sup> Pese ambas possuírem importância fundamental, pela exigüidade de espaço trataremos apenas da segunda, passando às classificações mais conhecidas.

Segundo Maria Helena Diniz, a classificação em normas constitucionais *self-executing* e *not-self-executing* foi elaborada por constitucionalistas norte-americanos, tendo por expoente Thomas M. Cooley e introduzida no Brasil por Ruy Barbosa, encontrando-se defasada, em função de sua própria limitação. É mera separação entre regras auto-aplicáveis desde logo, em face da plena eficácia jurídica, por regulamentarem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam. O contrário se dá com as não auto-aplicáveis.<sup>243</sup>

Seguindo ainda com base na lição de Maria Helena Diniz, a doutrina italiana adotou a seguinte classificação: a) normas diretivas ou programáticas, dirigida essencialmente ao legislador; b) normas preceptivas obrigatórias de aplicabilidade imediata; c) normas preceptivas obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata, “invalidando novas leis que as violarem, embora não alcancem a eficácia das leis anteriores enquanto a sua aplicação estiver suspensa”<sup>244</sup>. Com o respeito devido, entendemos que há inconsistência nessa classificação, por fundar-se na distinção entre normas constitucionais jurídicas e não

---

<sup>241</sup> SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 52.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>243</sup> DINIZ, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 92.

<sup>244</sup> DINIZ, Maria Helena, *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 92.p. 94.



jurídicas. Na verdade, não há norma constitucional destituída de eficácia, admitindo-se que a eficácia de certas normas não se manifesta na plenitude de seus efeitos jurídicos determinados pela Constituição, enquanto não se emitir uma norma ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

A própria autora citada tratou de formular sua classificação, fazendo-o da seguinte forma: 1) normas com eficácia absoluta: as intangíveis, contra as quais não há o poder de emendar; 2) normas de eficácia plena, que são as idôneas para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação desde sua entrada em vigor, por contarem com todos os elementos imprescindíveis para que haja a imediata produção dos efeitos previstos; 3) normas com eficácia relativa restringível, tendo aplicabilidade imediata ou plena, embora sua eficácia possa ser reduzida ou restringida, nos casos e na forma que a lei fixar. Correspondem às normas constitucionais de eficácia contida na classificação de José Afonso da Silva, conforme veremos; 4) normas com eficácia relativa completável ou dependente de complementação legislativa: dependem de norma posterior (lei ordinária ou complementar) que permitam o exercício do direito ou do benefício consagrado. Podem ser normas de princípio institutivo ou programáticas.<sup>245</sup>

Ensina a autora que as normas constitucionais, em relação à sua eficácia, possuem um escalonamento na intangibilidade e nos efeitos dos preceitos emanados. Todas têm juridicidade, mas não têm a mesma eficácia. Não há, pois, norma constitucional sem eficácia. As normas constitucionais contêm princípios e fins vinculantes para o Poder Público e para todos os órgãos estatais, sendo elas autênticos limites para a elaboração de atos normativos, permitindo aos administrados que não cumpram os que forem contrários àquela limitação.

---

<sup>245</sup> Ibidem, p. 98 e ss.

Por fim, mencionamos a classificação de José Afonso da Silva<sup>246</sup>, de conteúdo didático inegável e, por isso mesmo, fácil ao leitor compreender a temática. Para ele, são três as características das normas constitucionais, em função da eficácia e da aplicabilidade: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; c) normas de eficácia limitada, subdividindo-se estas em i) declaratórias de princípios programáticos e ii) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos.

Para ele, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador, direta e normativamente quis regular, diferenciando-se por características, que são: a) contenham vedações ou proibições, v.g. artigo 5º, inciso II; b) confirmam isenções, imunidade e prerrogativas, a exemplo da norma do artigo 150, inciso VI, alínea “d”; c) não designem órgãos ou autoridades especiais, que incubam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

Já as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que a Constituição regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva, por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer, ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. São diferenciadas por: a) em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura, mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos,

---

<sup>246</sup> SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, passim.



indivíduos ou grupos, v.g. artigo 5º, incisos XIII ou XXVIII; b) enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena. Note-se que nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir a eficácia e aplicabilidade concreta e positiva; c) são de aplicabilidade direta e imediata, visto que a Lei Maior deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam; d) algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública) como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia; e) sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (v.g. estado de sítio); sua aplicabilidade não fica condicionada a uma norma ulterior, mas depende dos limites que se lhes estabeleçam, mediante lei, ou que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada, que são as dependentes de outras providências normativas para que possam surtir os efeitos essenciais, colimados pela Carta Magna. Dividem-se em normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de princípio programático.

As normas constitucionais de princípio institutivo indicam uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. Umas deixam larga margem ao poder discricionário do legislador, outras já indicam o conteúdo da lei, e outras deixam para o legislador ordinário apenas aspectos secundários. São aquelas através das quais a Constituição traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei, como, por exemplo, o caso da Defensoria Pública prevista no artigo 134 da Carta. Tais normas são aplicáveis mesmo que a lei prevista não exista, enquanto possam, mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa.



As normas constitucionais de princípio programático são aquelas através das quais o Texto Magno, em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios, para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. São vinculadas ao princípio da legalidade, referidas aos poderes públicos e dirigidas à ordem econômico-social em geral. Por exemplo, a cultura (art. 215) ou a própria educação (art. 205), segundo a classificação em estudo.

Conquanto a juridicidade das normas programáticas seja inegável, vez que, não obstante sua eficácia reduzida, têm um caráter impositivo, já que limitam a autonomia de determinados sujeitos e ditam comportamentos públicos a serem regulados, nitidamente não podem ser imediatamente aplicáveis. Todavia, elas têm grande importância para interpretação do sistema constitucional, na medida que são vetores da aplicação da lei e, se determinada norma inferior ordenar contra ou diversamente do comando da norma programática, deve ser julgada inconstitucional pelo Judiciário.

Em relação às condições gerais de aplicabilidade, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nas seguintes condições: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

A situação jurídica subjetiva é a ação que os indivíduos ou entidades ocupam nas relações jurídicas, e que lhes possibilita realizar certos interesses juridicamente protegidos ou os constrange a subordinar-se a eles. Duas são as

situações: de vantagem ou de vínculo. As normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata protegem diretamente as situações jurídicas subjetivas, configuradas como direito subjetivo.

Por outro lado, as normas de eficácia contida conferem situações jurídicas subjetivas de vantagem aos governados, de modo específico, e situações subjetivas de vínculo ou negativas aos agentes do Poder Público.

Isso tudo não quer dizer, por outro lado, que o Estado seja o senhor absoluto da decisão de implementar as políticas públicas exigidas para a concretização do direito conferido constitucionalmente, máxime sob a alegação singela de falta de recursos, que é efetivamente uma contingência que não se pode ignorar, como reconhecido por Ana Paula de Barcellos. Todavia, tanto o intérprete como o Estado-juiz não podem deixar de considerar que arrecadar recursos e gastá-los na forma de prestação de serviços ou em obras de interesse público é função do próprio Estado. Assim realiza os objetivos fundamentais traçados pela Constituição. E segue:

“A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-lo é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”<sup>247</sup>

Em que pese a correção da lição apresentada, não podemos esquecer que o apelo popular é também uma forma eficaz de concretização de direitos sociais, pelo caminho da limitação da atuação política dos governos, equivocadamente chamada de discricionariedade do administrador por alguns.

Isso falamos porque, com relação às normas de eficácia limitada, tradicionalmente a tutela jurisdicional é mais reservada, em se tratando das situações subjetivas de vantagem, enquanto que nas situações subjetivas de vínculo, a tutela é praticamente idêntica para todos os tipos de normas constitucionais. Daí a importância da atuação da própria sociedade, difusamente considerada, na defesa de seus interesses, sem prejuízo da atuação no campo jurisdicional, por parte dos legitimados.

## 2.4 O direito fundamental à educação

A Constituição de 1988 reproduz – com certeza – a importância que a educação exerce na vida e no desenvolvimento de uma sociedade. Podemos isso afirmar com base nas disposições constitucionais relativas ao tema, sobretudo, é claro, a Seção I do Capítulo III do Título VIII – Da Ordem Social. Começando no artigo 205 e chegando ao 214, a educação é tratada de forma detalhada, cabendo ressaltar, todavia, que o tema não se exaure em tais disposições. Com efeito, desde o artigo 1º, particularmente com o inciso II – cidadania – encontraremos uma relação direta com a educação, na medida que ela visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania, além da qualificação para o trabalho. Depois, na leitura do artigo 6º, verificamos que a educação é o primeiro dos direitos sociais elencados, juntamente com saúde, trabalho, segurança e outros, constituindo parte integrante dos direitos fundamentais do ser humano no Brasil.

O direito à educação, tal como positivado na Constituição, procurando amoldá-lo à classificação de José Afonso da Silva e com o objetivo de trazer contribuição para a defesa desse direito pela sociedade. Nesse passo, como já nos

---

<sup>247</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 246.

referimos, o direito à educação previsto no artigo 6º é norma constitucional de princípio programático. Todavia, há peculiaridades que tornam esse direito distinto dos demais. Senão, vejamos.

O parágrafo 2º do artigo 5º da Carta traz regra geral sobre a abrangência dos direitos e garantias, de forma expressa, fazendo-os ultrapassar os estreitos limites do próprio artigo 5º. Com efeito, diz a norma, *in verbis*: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Pois bem, o direito a educação não só está previsto na Constituição como é parte integrante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, igualmente como já citado. Tratamos do artigo XXVI, que explicitamente fala no direito à instrução, mas outra disposição da Declaração, a vazada no artigo XXVIII, merece atenção, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”. Essas disposições estão totalmente incorporadas ao nosso Direito, por força da norma do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Política, cumprindo ressaltar que não é outra a razão dessa, justamente no artigo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Esses, por sua vez, estão sujeitos a outra disposição de igual importância, a expressa no parágrafo 1º do mesmo artigo, *in verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Ora, se o direito à educação, ou à instrução, como quer o tratado, está incorporado ao nosso direito e, particularmente ao artigo 5º, por força da disposição prevista no seu parágrafo 2º, constitui-se, sem sombra de dúvida, direito individual também, aplicável de imediato, tal como todas as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata. É ainda o direito à educação cláusula pétrea, porque incluído dentre aqueles mencionados no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição, tudo isso sem prejuízo de se poder afirmar que ele também se revela

como direito social, como reconhece a doutrina tradicional, pois pode ser reconhecido como integrante das duas categorias. Essa posição é defendida por Flávia Piovesan, dentre outros autores.<sup>248</sup>

Nem mesmo a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição<sup>249</sup>, pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, é capaz de abalar nossa convicção. Isso porque a novel norma apenas conferiu a natureza de *equivalente a emenda constitucional* aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se aprovados na forma ali disposta, mas de forma alguma afastando o reconhecimento dos direitos fundamentais decorrentes do regime ou princípios por ela adotados, ou ainda, dos *tratados internacionais* de que o Brasil seja parte. Obviamente que mesmo depois da emenda referida, não se exige que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos e por *quorum* de três quintos. A emenda – definitivamente – não alterou a competência exclusiva do Congresso Nacional disposta no inciso I do artigo 49 do Texto Maior. E, em realidade, nem poderia estabelecer um procedimento mais dificultoso, justamente para os tratados e convenções sobre direitos humanos, em franca contrariedade ao que já dispunha o parágrafo 2º. Isso, sem nenhuma dúvida, configuraria mais que *tendência a abolir direitos e garantias individuais* de que fala o parágrafo 4º do artigo 60, configurando-se inconstitucionalidade.

De toda sorte, o reconhecimento do direito à educação como direito individual tem repercussão jurídica, quanto à eficácia e à aplicabilidade da norma constitucional por incorporação, inclusive em relação à titularidade subjetiva. Assim é que, sendo um direito incorporado ao nosso ordenamento, com os mesmos

---

<sup>248</sup> PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos. In: DIREITOS Humanos: visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001. p. 31 e ss. No mesmo sentido: ZISMAN, Célia Rosenthal. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Estudos de direito constitucional*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 123.

atributos daqueles estampados no artigo 5º da Constituição, possível até mesmo ao indivíduo buscar a satisfação desse seu interesse, de imediato, nos termos em que figura na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem precisar esperar que o Estado implemente o programa estabelecido nos artigos 6º ou 205 e seguintes da Carta Política, é dizer, sem ao menos a existência de lei ordinária sobre o assunto. Nesse sentido, o direito à educação está em igualdade de condições com o direito à vida, à liberdade, legalidade e todos os demais que figuram no rol aberto do artigo 5º. Podem atuar ainda os grupos ou categorias, as associações ou entes estatais personalizados, como o Ministério Público, utilizando-se para isso dos mecanismos colocados à disposição pela Constituição, como a ação civil pública, mandado de segurança – individual ou coletivo –, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou a ainda incipiente argüição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outros possíveis, tudo isso, repetimos, independentemente de lei ordinária introdutora de programa relacionado ao direito à educação.

Nem se diga que o direito a educação está dentre aqueles classificados como sociais do artigo 6º, ou dentre os individuais, elencados no artigo 5º, ambos da Constituição. Isso porque não há impedimento desse direito poder figurar tanto numa quanto noutra categoria, a exemplo da segurança, que figura no *caput* de ambos os artigos, de forma expressa.

O importante é que o direito à educação está destacado na Constituição, tendo a sua concretização e proteção merecida e especial atenção. A educação, como quer o Texto Maior, deve visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, bem como prepará-la para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. O estudo da cidadania é imprescindível para que o desiderato da Constituição seja cumprido. Tratemos de ingressar no tormentoso tema.

---

<sup>249</sup> “Artigo 5º - (...) § 3º - Os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos

---

membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

## 3 A CIDADANIA

### 3.1 Conceito

A análise do sentido do vocábulo *cidadania* passa pelo significado da palavra, cuja amplitude enseja dificuldades variadas, tanto no campo sociológico, como principalmente no jurídico. Embora seja vocábulo largamente empregado, poucos se dedicaram a conceituar a cidadania ou o direito à cidadania. Como ponto de partida, podemos dizer que a cidadania é o direito conferido àqueles que tem vínculo com determinado Estado, a concretizar todos os demais direitos, individuais ou coletivos, mediante a possibilidade de influir nas decisões políticas. Esse direito de ter direitos, não está numa perspectiva meramente formal, mas sim sob um prisma de realização material daquilo é plasmado pelo sistema jurídico como direitos conferidos.

Dissecando o conceito, trataremos depois de buscar uma interpretação do conteúdo da cidadania em sentido amplo, abrangendo três aspectos, a saber: a) os direitos de nacionalidade (vínculo político entre o indivíduo e determinado Estado); b) os direitos políticos (que possibilitam ao indivíduo influir nas decisões políticas do Estado, inclusive fiscalizando); c) os direitos e garantias individuais e coletivas (que guardam da indevida ingerência do Estado, determinados valores historicamente consagrados e, de outro lado, impõem determinadas prestações a ele, em favor das pessoas que o integram). Adiantamos que é nesse último, notadamente, que encontraremos o direito à educação, assim como os demais direitos sociais, mas que nada adiantam, se não houver a possibilidade de torná-los concretos. Conquanto abrangente, buscar-se-á traçar com nitidez possível os limites do conceito de cidadania. É que, como sabido, a palavra serve de apoio retórico para muitas causas e, por isso, faz-se necessária tal delimitação. Além disso, examinaremos a evolução das sociedades e a luta pelos direitos, sob o ponto de vista histórico, podendo ocorrer de serem repetidos fatos já mencionados em tópicos anteriores, mas sempre visando a conceituação da cidadania. É certo que a





cidadania nasce e cresce com os direitos fundamentais, não há como separá-los, como veremos.

O termo não será empregado em sentido estrito, referindo-se a apenas uma dessas suas facetas, mas no seu significado mais dilatado. É imperioso esse esclarecimento porque, conforme se verá na apreciação da evolução histórica do termo, a palavra, nos textos legais, ora era empregada numa acepção, ora noutra. A própria Constituição de 1988 incide nessa prática. No texto, buscar-se-á sempre o sentido essencial da palavra, na acepção ampla alvitada, não o significado que determinado texto ou até mesmo documento histórico procurou lhe emprestar. Pretendemos traçar um breve esboço histórico da evolução da cidadania, que possibilite, em seguida, a adequada compreensão do significado atual do termo, por meio da identificação das normas que a ela se referem na Constituição. Com efeito, a análise das primeiras instituições sociais conhecidas e de como as legislações mais antigas tratavam do tema reveste-se de grande relevância para o estudo que se inicia.

Nos primórdios da história da humanidade, os indivíduos se caracterizavam por serem nômades, em virtude da necessidade de buscar alimentação e proteção contra as intempéries. Esse momento histórico não apresenta aqui relevância, porque não existiam regras de comportamento estabelecidas; ao revés, vigorava a plena liberdade dos seres humanos. Posteriormente contudo, eles passaram a viver em tribos (clãs), por imperativo de sobrevivência, dada a necessidade de reunir esforços para as atividades necessárias à própria subsistência<sup>250</sup>. Em tais agrupamentos, surgiu a figura do líder, ou chefe que, detendo a autoridade, ditava regras e aplicava sanções. Esse poder de ditar regras de comportamento evoluiu no

---

<sup>250</sup> Segundo Dalmo de Abreu Dallari: “Para Ranelletti o homem é induzido fundamentalmente por uma necessidade natural, porque o associar-se com os outros seres humanos é para ele condição essencial de vida. Só em tais uniões e com o concurso dos outros é que o homem pode conseguir todos os meios necessários para satisfazer as suas necessidades e, portanto, conservar e melhorar a si mesmo, conseguindo atingir os fins de sua existência. Em suma, só na convivência e com a cooperação dos semelhantes o homem pode beneficiar-se das energias, dos conhecimentos, da produção e da experiência dos outros, acumuladas através de gerações, obtendo assim os meios necessários para que possa atingir os fins de sua existência, desenvolvendo todo o seu potencial de aperfeiçoamento, no campo intelectual, moral ou técnico.” (*Elementos de teoria geral do Estado*, 11. ed., 1985, p. 9).



curso da história, conforme ensina Dalmo de Abreu Dallari, para quem há outras e inovadoras maneiras de atuação do poder se associaram a novos modos de verificação da legitimidade. Diz ele que: “Já nas sociedades primitivas, em consequência da tendência do homem para aceitar a presença de um sobrenatural sempre que alguma coisa escapa à sua compreensão ou ao seu controle, fora admitido um poder desprovido de força material, reconhecendo-se como fonte do poder uma entidade ideal”. Continua o autor, afirmando que entre os antigos povos orientais, tanto quanto na antigüidade greco-romana, aquele que detinha o poder se apresentava como instrumento de representação da vontade divina, situação que também ocorreu no Ocidente, após o surgimento do cristianismo, indo até o século XVIII, com a afirmação do direito divino dos reis. Segue ele: “É a partir do fim da Idade Média, entretanto, que se encontra a idéia de povo como unidade e fonte de direitos e de poder. Com os contratualistas essa idéia adquire grande força e vai se completando, chegando-se, então, à afirmação da existência de uma vontade geral e de direitos sociais, situados na base de toda organização social.”<sup>251</sup>

A evolução social e cultural do ser humano, portanto, acarretou o surgimento do Estado, ente com poder de criar normas jurídicas. A partir de então é possível encetar o estudo da cidadania. Assim, merece algumas considerações o modo como ela era tratada em Roma e na Grécia antiga.

O Direito antigo, como sabido, tinha relação estreita com a religião. De fato, nas antigas cidades-estados, era considerado cidadão apenas aquele que se fazia presente nos cultos que ali se realizavam. Dessa participação derivava o reconhecimento dos seus direitos civis e políticos, consoante se infere das palavras de Fustel de Coulanges, para quem, se pretendermos definir quem era o cidadão dos tempos antigos por seu atributo essencial, deve-se dizer que era todo homem que seguia a religião e honrava os deuses da cidade:

---

<sup>251</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, 11. ed., 1985, p. 38.

“(...) aquele para quem o arconte ou o prítane oferece, a cada dia, o sacrifício; o que tem o direito de aproximar-se dos altares que pode penetrar no recinto sagrado onde se realizam as assembléias, assiste às festas, segue as procissões, e entra nos panegíricos, participa dos banquetes sagrados e recebe sua parte das vítimas. Este homem, no dia em que foi inscrito no registro dos cidadãos, jurou praticar o culto dos deuses da cidade e por eles combater.”<sup>252</sup>

Ocorre que não tinham acesso aos cultos os estrangeiros, “a quem os deuses da cidade não protegem e que nem sequer têm o direito de invocá-los. Os deuses nacionais, que só querem receber orações e oferendas do cidadão, repelem todo homem estrangeiro”<sup>253</sup>. Logo, da mesma maneira que não se lhes deferia a entrada nos templos, não lhes era conferido o *status* de cidadão. Era a religião, pois, que estremava os cidadãos dos estrangeiros, vedando a estes o direito de cidadania<sup>254</sup>. Esclarecendo essas idéias, para dar a exata medida das conseqüências jurídicas desse discrimen, pode-se dizer que nem em Roma e nem em Atenas, o estrangeiro podia ser proprietário ou tinha o casamento reconhecido, sendo certo que os filhos nascidos de união com qualquer deles eram considerados bastardos. Além disso, não podiam firmar contrato com um cidadão ou, no mínimo, a lei não reconhecia valor a ele, e nem podiam exercer o comércio. Continua o autor dizendo que:

“A lei romana proibia-lhe herdar do cidadão e até que o cidadão herdasse dele. Levava-se tão longe o rigor deste princípio que, se algum estrangeiro obtivesse a cidadania romana, sem que seu filho, nascido anteriormente a essa graça obtivesse o mesmo favor, esse filho se tornaria, para seu pai, um estrangeiro, não podendo dele herdar. A distinção entre cidadão e estrangeiro tinha mais força do que o vínculo natural entre pai e filho.”<sup>255</sup>

<sup>252</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, *A cidade antiga*, p. 214.

<sup>253</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>254</sup> Segundo Fustel de Coulanges: “A participação no culto trazia consigo os outros direitos. Como o cidadão podia assistir ao sacrifício que precedia a assembléia, podia também votar. Como podia sacrificar em nome da cidade, poderia ser prítane e arconte. Tendo a religião da cidade, podia invocar a lei e realizar todos os ritos do processo. O estrangeiro, pelo contrário, por não participar da religião, não tinha direito algum. Se entrasse no recinto sagrado que o sacerdote traçara para a assembléia, era punido com a morte. As leis da cidade não existiam para ele. Se cometesse algum delito, tratavam-no como um escravo e puniam-no sem processo, pois a cidade não lhe devia justiça alguma.” (*A cidade antiga*, p. 216).

<sup>255</sup> Ibidem, p. 217.



Cumpra lembrar, nesse passo, que os escravos também não detinham o direito de cidadania. Eles, na verdade, não possuíam direito algum, posto que eram tratados social e juridicamente como coisas<sup>256</sup>. Conclui-se pois que, no momento histórico ora comentado, a cidadania era conferida apenas a determinadas pessoas: os nacionais, brancos, proprietários e participantes dos cultos religiosos. Apenas aquele que possuísse essas características podia valer-se da tutela do direito e tinha a possibilidade de participar politicamente da cidade-estado.

Posteriormente, o Cristianismo, por meio da fixação de novos valores na consciência social, influenciou decisivamente nesse modelo de Estado, que se aproximava demasiadamente da Igreja. Com efeito, nos dizeres de Darcy Azambuja, o conceito de Estado elaborado na Antigüidade sofreu profunda alteração com o cristianismo, dado o preceito cristão de dar César o que é de César e a Deus o que é de Deus, que trazia consigo e impunha a separação dos poderes temporal e espiritual, na medida que mandava obedecer as leis e autoridades do Estado, mas por outro lado declarava a independência da consciência humana, livrando-a da tutela opressiva dos reis e imperadores. Diz:

“O Estado era soberano em seu domínio, mas esse domínio era agora limitado; a alma e o seu destino não pertenciam aos príncipes, mas a Deus. Além disso, o cristianismo, pregando a igualdade e a fraternidade entre todos os homens, substituiu pelo amor o ódio ao estrangeiro e o chamava à comunhão dos mesmos direitos. Por isso, os Césares, mesmo os melhores, viram nos cristãos réu de traição contra o Estado e os perseguiram.”<sup>257</sup>

De fato, a religião na sociedade antiga caracterizava-se pela existência de diversos deuses, cada um protegendo sua cidade ou família. Suplantada essa idéia

---

<sup>256</sup> Darcy Azambuja comenta: “Assim, por exemplo, quando Aristóteles diz que Atenas em tal época era uma democracia, não esqueçamos que mais da metade da população das cidades gregas era formada por escravos, sem direito algum; eram, pois, oligarquias.” (*Teoria geral do Estado*, 37. ed. São Paulo: Globo, 1997, p. 140).

<sup>257</sup> AZAMBUJA, Darcy, *Teoria geral do Estado*, p. 142.



de deuses domésticos, pelo surgimento e pela difusão do cristianismo<sup>258</sup>, cujos postulados interditavam o ódio entre os povos e pregavam o dever de benevolência e justiça entre todos os seres humanos, inicia-se, por assim dizer, a *democratização* do direito<sup>259</sup>. Isso teve influência na concepção que se tinha de Estado, como ensina Fustel de Coulanges:

“No tocante ao governo do Estado, podemos afirmar que o cristianismo o transformou na sua essência, precisamente porque não se ocupou dele. Nos velhos tempos, a religião e o Estado eram uma coisa só (...) A religião dominava o Estado e, pela escolha da sorte ou dos auspícios, designava-lhe os chefes; o Estado, por sua vez, intervinha no foro da consciência e punia toda a infração aos ritos e ao culto da cidade. Em vez disso, Jesus Cristo ensina que o seu reino não é deste mundo. Separa a religião do governo. A religião, não sendo terrena, imiscui-se nas coisas da terra o mínimo possível.”<sup>260</sup>

Note-se contudo que, conquanto separada do Estado, a doutrina cristã trouxe em seu bojo diversos valores que acabaram influenciando decisivamente na formação das normas positivas que doravante foram criadas. Assim, é a partir dela que a idéia de igualdade entre os homens começa a ganhar corpo, até se consagrar definitivamente no decorrer da história.

Com a queda de Roma e sua fragmentação, em virtude das invasões bárbaras<sup>261</sup>, inicia-se a Idade Média. Nesse momento histórico, “a força dominava e

<sup>258</sup> Fustel de Coulanges leciona: “O cristianismo trouxe ainda outras inovações. Deixou de ser a religião doméstica de uma família, a religião nacional de uma cidade ou de uma raça. O cristianismo não pertencia nem a uma casta, nem a uma corporação. Desde seu início, chamou a si toda a humanidade. Jesus Cristo disse aos seus discípulos: *Ide e ensinai todos os povos.*” (*A cidade antiga*, p. 414.)

<sup>259</sup> Segundo Fustel de Coulanges: “Fizeram-se contínuos esforços para libertar o homem do jugo da velha religião, na qual não se podia mais acreditar; o direito e a política, assim como a moral, soltaram-se aos poucos de suas cadeias. Notemos apenas que essa espécie de divórcio derivava do desgaste da antiga religião; se o direito e a política começavam a ser coisas independentes, era porque os homens tinham abandonado suas crenças; se a sociedade não se regia mais pela religião, era basicamente porque a religião perdera o seu vigor.” (*A cidade antiga*, p. 413.)

<sup>260</sup> Ibidem, p. 416.

<sup>261</sup> Dalmo de Abreu Dallari assim historia: “As *invasões bárbaras*, iniciadas já no século III e reiteradas até o século VI, representadas por incursões de hordas armadas pelo território do Império Romano, constituíram-se num fator de grave perturbação e de profundas transformações na ordem estabelecida. Oriundos de várias partes da Europa, sobretudo do norte, os povos que os



se impunha; a noção de Estado desapareceu novamente para surgir apenas a figura dos príncipes, que eram os chefes militares das diversas tribos bárbaras”<sup>262</sup>. Emerge então o feudalismo, em decorrência dos óbices surgidos ao desenvolvimento do comércio, por força das diversas invasões e guerras. Valorizava-se extraordinariamente a posse da terra, de onde se tiravam os meios de subsistência. Assim, nas relações entre o proprietário (senhor feudal) e os que nela trabalhavam (vassallos), passa a existir uma “confusão entre o setor público e o privado”<sup>263</sup>, como leciona Dalmo de Abreu Dallari:

“Pela *vassalagem* os proprietários menos poderosos colocavam-se a serviço do senhor feudal, obrigando-se a dar-lhe apoio nas guerras e a entregar-lhe uma contribuição pecuniária, recebendo em troca a proteção. Outra forma de estabelecimento de servidão era o *benefício*, contratado entre o senhor feudal e o chefe de família que não possuísse patrimônio. Este último recebia uma faixa de terra para cultivar, dela extraindo o sustento de sua família, além de entregar ao senhor feudal uma parcela da produção. Estabelecido o benefício, o servo era tratado como parte inseparável da gleba, e o senhor feudal adquiria, sobre ele e sua família, o direito de vida e de morte, podendo assim estabelecer as regras de seu comportamento social e privado.”<sup>264</sup>

O sistema feudal baseava-se numa rígida estratificação social, que tinha fundamento no princípio do privilégio de nascimento. Como a terra era basicamente a única fonte de produção e sobrevivência e se tratava de bem fora do comércio, aqueles que tinham sua propriedade (nobres e membros da cúpula da Igreja) exerciam domínio político da população. Dentro do domínio territorial do senhor feudal, as terras produtivas eram divididas entre aquelas cujos produtos e rendimentos cabiam ao senhor e as restantes, cujo uso servia para a sobrevivência dos camponeses, os quais, em contrapartida, eram obrigados a pagar a *corvéia* ao senhor feudal (trabalho gratuito durante dois ou três dias da semana), impostos ao rei, dízimos à Igreja, diversas taxas em moeda ou em produtos de suas colheitas

---

romanos denominavam bárbaros e que incluíam germanos, eslavos, godos etc., introduziram novos costumes e estimularam as próprias regiões invadidas a se afirmarem como unidades políticas independentes, daí resultando o aparecimento de numerosos Estados.” (*Elementos de teoria geral do Estado*, 11. ed., 1985, p. 60).

<sup>262</sup> AZAMBUJA, Darcy, *Teoria geral do Estado*, p. 144.

<sup>263</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, 11. ed., 1985, p. 61.

<sup>264</sup> *Ibidem*, mesma página.



particulares, prestar serviços domésticos na casa ou castelo do senhor e nas igrejas, participar das guerras ao lado do senhor, “além de curvar-se a uma série de obrigações, proibições e atitudes de vassalagem – em algumas regiões até infames, como submeter-se ao direito de *pernada*”.<sup>265</sup>

Nesse contexto econômico-social, havia uma multiplicidade de poderes (Estado e poderes menores de hierarquia indefinida) e de ordens jurídicas (direito imperial, eclesiástico e comunal) que influíam na esfera jurídica dos particulares, ao talante da autoridade de que emanavam. Daí a dificuldade de se falar, nessa fase da história, em direito de cidadania em favor dos indivíduos. Com efeito, a extraordinária instabilidade política e social do período impedia a garantia de direitos elementares às pessoas que, inseridas no sistema feudal, acabavam por subjugar-se aos seus senhores como única opção. Além disso, viam-se sujeitas a um poder estatal absoluto, que não lhes conferia garantias. Disso tudo decorreu a necessidade de reorganização do poder do Estado que, com autoridade de prevalecer sobre aqueles poderes menores, fosse capaz de criar ordem na sociedade. Aí reside o embrião do Estado moderno. É de ponderar, contudo, que foi ainda na era medieval que se concebeu a Magna Carta inglesa (1215), jurada por João Sem Terra por exigência dos barões ingleses, a qual conferiu garantias a alguns indivíduos, tolhendo o poder até então absoluto da autoridade real<sup>266</sup>. Conquanto tais direitos não tenham sido estendidos a todos os ingleses por esse diploma legal<sup>267</sup>, trata-se de documento histórico que se reveste de relevância ímpar, por ter fixado valores que posteriormente iriam consagrar-se em declarações de direitos.

---

<sup>265</sup> TRINDADE, José Damião de Lima, Anotações sobre a história social dos direitos humanos, p. 26.

<sup>266</sup> Dalmo de Abreu Dallari comenta: “Na realidade, não se pode dizer que as normas da Magna Carta constituam uma afirmação de caráter universal, de direitos inerentes à pessoa humana e oponíveis a qualquer governo. O que ela consagrou, de fato, foram os direitos dos barões e prelados ingleses restringindo o poder absoluto do monarca. Todavia, essa afirmação de direitos, feita em caráter geral e obrigando o rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representou um avanço, tendo fixado alguns princípios que iriam ganhar amplo desenvolvimento, obtendo a consagração universal.” (*Elementos de teoria geral do Estado*, 11. ed., 1985. p. 182).

<sup>267</sup> José Joaquim Gomes Canotilho acrescenta: “A proto-história dos direitos fundamentais costuma salientar a importância das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassallos, a mais célebre das quais foi a *Magna Charta Libertatum* de 1215. Não se tratava, porém, de uma





Assim, foi mesmo no Estado moderno que se cristalizou a idéia de direito da cidadania, com o caráter geral que atualmente lhe é atribuído. Não mais se admitia o poder incontestável que possuíam os Estados absolutistas. Era mister um complexo de direitos aptos a garantir a liberdade individual dos particulares, dando-lhes segurança, bem como um sistema que possibilitasse a influência deles no exercício do poder estatal. Portanto, a questão era de sopesar e encontrar o equilíbrio entre a necessária autoridade do Estado e a liberdade dos indivíduos. Com efeito, Darcy Azambuja afirma que ateus e deístas, também os materialistas ou espiritualistas, ou ainda todas as escolas e sistemas, por motivos que podem até ser diversos, por certo reconhecem a liberdade como condição essencial à vida da personalidade humana. Continua dizendo que “se não se pode conceber a sociedade sem autoridade, não se pode concebê-la também sem liberdade”<sup>268</sup> e que:

“Se fosse possível suprimir totalmente a liberdade dos indivíduos, a sociedade se tornaria um rebanho de escravos embrutecidos, de onde desapareceriam em breve os últimos vestígios da Moral, do Direito, da Ciência, da Arte, da Civilização; uma sociedade onde não houvesse autoridade, soçobriria rapidamente no crime, na miséria e na morte. Autoridade e liberdade não são idéias antinômicas, mas condições necessárias e complementares da vida social e da civilização; onde uma delas falte, estas se tornam impossíveis.”<sup>269</sup>

Logo, a oposição em face dos Estados absolutistas medievais tinha fundamento na necessidade de segurança jurídica, cuja existência demandava o equilíbrio desses dois fatores: autoridade estatal e liberdade individual<sup>270</sup>. Nesse contexto, ao lado dessa faceta jurídica, não se pode olvidar a influência decisiva do

---

manifestação de idéia de direitos fundamentais inatos, mas de afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano. A finalidade da *Magna Charta* era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia.” (*Direito Constitucional*, p. 502).

<sup>268</sup> AZAMBUJA, Darcy, *Teoria geral do Estado*, p. 152.

<sup>269</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>270</sup> Segundo Darcy Azambuja: “É necessário, portanto, que sejam traçados limites para o exercício da autoridade pelo Estado e para o gozo da liberdade pelos indivíduos. Traçar esses limites é função precípua do Direito, e como devam ser claros, e conhecidos por todos, para serem respeitados, as leis os declaram expressamente.” (*Teoria geral do Estado*, p. 153).





surgimento e desenvolvimento do sistema capitalista. A burguesia<sup>271</sup> necessitava de se cercar de garantias legais de que o Estado não influiria em suas relações econômicas de maneira arbitrária, inviabilizando todo o sistema econômico de mercado. De fato, como pondera José Joaquim Gomes Canotilho:

“A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema de liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado.”<sup>272</sup>

Diante disso, e sob influxo decisivo do Iluminismo, nasce dessa luta contra o absolutismo o Estado democrático, por meio de três movimentos: a Revolução Inglesa, influenciada por Locke; a Revolução Americana, que culminou com a Declaração de Independência das treze colônias americanas; e a Revolução Francesa, cujos princípios de caráter universal foram consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sob influência de Rousseau,<sup>273</sup> como já dissemos anteriormente.

O ambiente social na França, no momento em que se deu a revolução, revelava que ela era questão de tempo. Não mais se tolerava a existência de privilégios de certas classes de pessoas em detrimento de outras. Com efeito, ensina José Damião de Lima Trindade que, mesmo nas vésperas da revolução, ainda havia

<sup>271</sup> José Damião de Lima Trindade comenta: “Decididamente, a sociedade feudal não combinava com as possibilidades que os burgueses viam diante de si. Os laços senhoriais e a ideologia que os legitimavam eram camisas de força para a expansão do mercado, crescimento do trabalho assalariado, florescimento da produção de mercadorias – enfim, para o maior enriquecimento desses empreendedores plebeus das cidades. Essa nova classe social tinha, pois, boas razões para ver com olhos de interesse as reivindicações dos camponeses, porque também sentia, a seu modo, as amarras do feudalismo (...). Esse conjunto de contradições internas ao modo de produção feudal foi seu elemento dinâmico de transformação. Os camponeses continuaram se rebelando, o comércio seguiu se desenvolvendo, as cidades crescendo, conquistando autonomia e se diversificando socialmente, a burguesia se fortalecendo, a nobreza e o clero perdendo terreno (ao menos no plano econômico).” (Anotações sobre a história social dos direitos humanos, p. 32).

<sup>272</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 254.

uma barreira histórica que persistia em dividir os servos das pessoas livres. E mesmo estas também eram divididas em classes sociais ou estados, como denominados na época. O clero, que ocupava o primeiro estado, a nobreza que formava o segundo e a plebe livre que compunha o terceiro estado podiam ser simbolizados por uma pirâmide, em que cada um dos estados (ou classes) tinha uma função definida naquela sociedade. Explica:

“O clero é encarregado do culto e das atividades que lhe estão ligadas no espírito da época (ensino, saúde, assistência etc.); à nobreza incumbe a obrigação de administração e de defesa do grupo social; o terceiro estado ocupar-se-á da vida econômica da sociedade. O que é preciso notar é que cada uma destas categorias políticas é regida por regras de direito específicas. O clero tem suas próprias jurisdições, tal como a nobreza; o imposto não é devido nem pelo clero, nem pela nobreza, enquanto é pesadamente cobrado sobre os rendimentos do terceiro estado.”<sup>274</sup>

Dessa maneira, os nobres e os integrantes da Igreja obtinham os meios econômicos de que necessitavam da atividade produtiva dos que pertenciam ao terceiro estado, que estavam sujeitos aos pagamentos de tributos. Esse sistema de desigualdades foi um dos fatores que ensejou a revolução. Outro, como apontado acima, foi o absolutismo monárquico<sup>275</sup>. De fato, “na França, a absorção de poderes absolutos pela figura do rei havia atingido o seu ápice no início do século XVIII, durante o reinado do *rei sol* Luis XIV (a ele se atribuía a frase reveladora: *L'État c'est moi*). Desde então, o grosso da aristocracia (excetuado apenas o pequeno círculo da nobreza cortesã) foi esvaziado de funções políticas e era mantido afastado das decisões importantes do Estado”.<sup>276</sup>

<sup>273</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, 11. ed., 1985, p. 129.

<sup>274</sup> TRINDADE, José Damião de Lima, *Anotações sobre a história social dos direitos humanos*, p. 34.

<sup>275</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas a primeira foi a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte embora a mais conhecida e influente seja a dos ‘Direitos do Homem e do Cidadão’, editada em 1789 pela Revolução Francesa. Em todas essas declarações, cujo caráter abstrato é tantas vezes criticado, há a resposta, artigo por artigo, a um abuso do absolutismo.” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 281).

<sup>276</sup> TRINDADE, José Damião de Lima, *op. cit.*, p. 39.



Após a revolução, adotou-se na França a teoria da separação dos poderes, com o fim de se tolher o caráter absoluto do poder estatal que caracterizava o modelo anterior. É que convinha à burguesia a possibilidade de influir na política do Estado, daí o seu interesse no estado constitucional que possibilitaria a “ascensão política da burguesia através da influência parlamentar. Todas as clássicas funções do Parlamento – legislação, fiscalização do governo, aprovação dos impostos – se inseriam no complexo global dos postulados do liberalismo político, mas com evidentes incidências na constituição econômica”.<sup>277</sup>

Contudo, não se resume à democratização do exercício do poder político a importância da Revolução Francesa, como já afirmamos. Consagraram-se no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão direitos individuais que se revestiam de generalidade<sup>278</sup>, peculiaridade em relação aos documentos históricos anteriores (Magna Carta inglesa de 1215; Declaração de Direitos da Virgínia de 1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776; e Constituição dos Estados Unidos da América de 1787) que traziam garantias individuais. Entre tais direitos individuais conferidos por esse documento histórico francês, figuravam o princípio da igualdade, da liberdade, da propriedade, da segurança, da resistência à opressão, da associação política, da legalidade, da reserva legal e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação de pensamento etc.<sup>279</sup>

Todavia, as liberdades conquistadas não foram suficientes para promover a necessária justiça social. De fato, o neutralismo do Estado liberal surgido após a Revolução Francesa acabou por acarretar injustiças. É que, embora o Estado não mais se imiscuísse exageradamente nas liberdades dos particulares, dando-lhes a reclamada segurança jurídica, o sistema capitalista encarregou-se de piorar as já

---

<sup>277</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 255.

<sup>278</sup> Comenta José Afonso da Silva: “A Declaração de Virgínia e a de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração Francesa de 1789 é mais abstrata, mais ‘universalizante’(...)” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 157).

<sup>279</sup> MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais*, p. 28.



existentes desigualdades sociais, sobretudo no contexto da revolução industrial<sup>280</sup>; como sustenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a um só tempo crescia a produção industrial em benefício dos capitalistas, bem como a miséria e a exploração daqueles que eram juridicamente livres, detentores de iguais direitos daqueles a quem se subordinavam para subsistir. A substituição da força de trabalho operária por máquinas acarretava excesso de mão-de-obra. Assim, “A concorrência pelo emprego forçava o desempregado a aceitar salários ínfimos para tempo de serviço longo. Forçava a dissolução da família, obrigando a esposa a empregar-se, bem como os filhos, embora crianças, para que houvesse alimento para todos. Assim, o enriquecimento global redundava na prosperidade acrescida, e muito, de alguns e na miséria também acrescida, e muito, da maioria.”<sup>281</sup> Então, como ensina Pablo Lucas Verdú:

“O Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar o primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. Desse modo, pode dizer-se que nas condições do capitalismo avançado, a classe dominante optou pelo Estado social de Direito.”<sup>282</sup>

<sup>280</sup> Para José Damião de Lima Trindade: “As conseqüências sociais da Revolução Industrial são bem conhecidas, mas é útil fixar na memória seus traços de maior relevo. Por um lado, multiplicou enormemente a riqueza e o poderio econômico da burguesia. Por outro, desestruturou o modo tradicional de vida da população, tornando-o permanentemente instável, aprofundando dramaticamente as desigualdades sociais e fazendo tornarem-se familiares duas realidades terríveis: o desemprego e a alienação do trabalhador em relação ao seu produto. (...) Com a Revolução Industrial, tudo se transformou: o empresário capitalista, dono dos novos meios de produção (máquinas, instrumentos, matérias primas e instalações) passou a agrupar no seu estabelecimento grande número de assalariados sob seu comando e a habilidade individual perdeu importância, pois a fábrica mecanizada generalizou e radicalizou a divisão do trabalho, fragmentando a produção de cada artigo em etapas sucessivas e estanques, cada uma delas exigindo quase só movimentos repetitivos do trabalhador. Completava-se, assim, a separação do trabalhador em relação a seu produto: não possuía mais os meios de produção, perdeu o domínio técnico do conjunto do processo produtivo, e deixou de ser senhor dos resultados do seu trabalho.” (Anotações sobre a história social dos direitos humanos, cit., p. 87).

<sup>281</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, p. 283.

<sup>282</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*. Bologna: Real Colegio de España, 1975. p. 94. (nossa tradução).



Diante disso, os textos constitucionais nascidos no início do século XX aumentaram o campo do direito da cidadania, com o fim de atender a tais preocupações sociais. É o que caracteriza a Constituição mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, bem como da primeira Constituição Soviética do mesmo ano, e a Carta do Trabalho promulgada no Estado fascista italiano em 1927<sup>283</sup>. Nesses diplomas, “ao lado de direitos que impunham ao Estado limitações, que lhe determinavam abstenção: não fazer, foram reconhecidos direitos a prestações positivas do Estado, que se vê obrigado, não raro, a criar serviços públicos para atendê-los (p. ex., previdência social)”<sup>284</sup>, também como já afirmamos, e com Meirelles Teixeira, que diz:

“O *Estado Social*, portanto, nada mais é que o *Estado* cuja atividade assume este sentido social, de realização cada vez maior e mais perfeita justiça social e do bem comum, e essa tarefa se realiza essencialmente sob três aspectos diferentes, embora intimamente entrosados e condicionados uns pelos outros: a) pelas *limitações e restrições* aos direitos (liberdades) individuais; b) pela *prestação positiva*, pelo próprio Estado, daquelas condições concretas, daqueles meios, necessários ao exercício efetivo dos direitos (ou liberdades) individuais; c) pela fixação, aos indivíduos, de certos *deveres* em relação ao Estado.”<sup>285</sup>

Durante a evolução histórica, consagram-se tais valores nos textos constitucionais subsequentes, com alguns acréscimos. Por influência das guerras ocorridas no século, surgiram, por exemplo, os chamados *direitos de terceira geração*, que se materializam em favor dos cidadãos por meio do direito a um meio ambiente equilibrado e saudável, à paz, à autodeterminação dos povos etc.<sup>286</sup>. Deflui-se, pois, que a evolução da sociedade deu azo ao surgimento e à consagração de determinados valores em prol dos cidadãos. É que a ocorrência de certos fatos influi diretamente na tábua axiológica da sociedade, o que, por sua vez, acarreta alteração nas normas jurídicas. De fato, como diz José Afonso da Silva:

<sup>283</sup> MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais*, p. 30.

<sup>284</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, p. 284.

<sup>285</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, *Curso de direito constitucional*, p. 708.

<sup>286</sup> MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais*, p. 45.



“O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.”<sup>287</sup>

Nota-se que, historicamente, a cidadania se afirmou perante o Estado, partindo da ausência quase absoluta de quaisquer direitos, para um estágio de defesa contra o *Leviatã*, incorporando as massas populares pela via dos direitos sociais, chegando a patamar no qual há direitos da própria humanidade, como os de terceira geração, bem como mecanismos de concretização, pelo poder de participação política e fiscalizatório.

De certa forma, o conceito de cidadania que está sedimentado na doutrina pátria acaba por ressaltar apenas o viés político, diferentemente daquilo que procuramos destacar. Começemos pelo significado da palavra. Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é “qualidade ou estado de cidadão” e, por seu turno, cidadão é “o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado ou no desempenho de seus deveres para com este”<sup>288</sup>. De Plácido e Silva não destoa, afirmando que embora derive de cidade, não se circunscreve a mostrar a qualidade daquele que a habita, mas revelando “a efetividade dessa residência, o direito político que lhe é conferido, para que possa participar da vida política do país em que reside”<sup>289</sup>. Alexandre de Moraes, de seu turno, diz que a cidadania representa um *status* e revela-se tanto como o objeto como um direito fundamental das pessoas.<sup>290</sup>

<sup>287</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 149.

<sup>288</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 403.

<sup>289</sup> DE PLÁCIDO E SILVA, José Oscar. *Vocabulário jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v.1. p. 427.

<sup>290</sup> MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 52. Do mesmo autor também: *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. p. 534.



Mais próximos daquilo que focamos, está o conceito de Ricardo Cunha Chimenti *et al.*, para quem a cidadania, sob o prisma do princípio fundamental do Estado brasileiro, “é o direito de participar dos destinos do Estado (em especial participar de forma livre e consciente de suas decisões políticas) e, mais, o direito de usufruir dos direitos civis fundamentais previstos na Constituição”<sup>291</sup>. Finalmente, não deixando de citar o conceito tradicional e focado no direito político, Nagib Slaibi Filho examina o tema com pouco mais de profundidade, transitando também pelo conceito trivial de cidadania, como sendo o conjunto de direitos e deveres que regem e definem a situação dos habitantes de um determinado país, para caminhar na conceituação do cidadão, dando-lhe sentido sociológico ou amplo, como chamou. É o indivíduo que possui a plenitude do exercício de todos os poderes que lhe são cabíveis em uma sociedade. Portanto, aquele que é discriminado, prossegue, ou que não tenha condições de praticar ato que aos demais é deferido, deverá ser tomado como pessoa com cidadania restrita, tal qual os grupos minoritários que são inibidos do exercício pleno de seus direitos. Essas pessoas estariam impossibilitadas do exercício da cidadania. E conclui: “Cidadania, neste sentido mais amplo, é conceito correspectivo com os de democracia e igualdade”<sup>292</sup>. A cidadania, para Meirelles Teixeira, “consiste na prerrogativa que se concede a brasileiros, mediante preenchimento de certos requisitos legais, de poderem exercer direitos políticos e cumprirem deveres cívicos”.<sup>293</sup>

Finalmente, trazemos o conceito de Maria Garcia, para quem “a cidadania é a quintessência da liberdade, o ápice das possibilidades do agir individual, o aspecto eminentemente *político* da liberdade”<sup>294</sup>. De fato, também entendemos a cidadania numa acepção ampla e imbricada com a república e a democracia, sem deixar de mencionar o viés político e o relativo aos direitos – individuais e sociais – englobados no aspecto civil. O enfoque que estamos procurando dar à cidadania é a

<sup>291</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha et al., *Curso de direito constitucional*, p. 33.

<sup>292</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 147.

<sup>293</sup> TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, *Curso de direito constitucional*, p. 565.



da construção, desde o nascimento até a consolidação na Constituição de 1988, aquela que declara solenemente a cidadania como fundamento do Estado brasileiro. Examinaremos em seguida esses aspectos, partindo da Carta Imperial de 1824 – outorgada – nitidamente elitista, como não poderia deixar de ser, em função da monarquia, regime oposto ao republicano. A importância desses temas para compreensão da cidadania impõe o estudo mais acurado que faremos a seguir, chegando até a Constituição de 1988, a que Ulisses Guimarães chamou justamente de *cidadã*.

### **3.2 A cidadania como princípio fundamental do Estado brasileiro – Do Império ao artigo 1º da Constituição de 1988**

Como dissemos, a Constituição vigente foi a primeira a destacar a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil (inc. II do art. 1º). Embora se possa dizer que a cidadania nunca deixou de estar presente nas Constituições – pouco mais ou pouco menos – é fato que nenhuma deu tanta importância a esse pilar do Estado brasileiro. Tal como na história do direito mundial, no Brasil também se nota uma paulatina evolução da cidadania, acrescentando-se o período colonial, no qual obviamente não há falar-se em Estado brasileiro, mas pela importância histórica, convém mencioná-las, visando melhor compreensão do nascimento, crescimento e amadurecimento da cidadania, tal como a conhecemos na atualidade, sempre com foco nas dimensões mencionadas antes.

Após o descobrimento do Brasil pelos portugueses, inicia-se sua colonização por meio do sistema de capitanias hereditárias. Dividiu-se o território colonial em doze porções irregulares de terra, todas confrontando com o oceano. Foram doadas a particulares que estivessem decididos a morar no Brasil e fossem

---

<sup>294</sup> GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 136.



suficientemente ricos para proceder a colonização e defesa do território. Com isso, criaram-se núcleos de povoamento dispersos e quase sem contato uns com os outros. De fato, as capitanias eram organizações sem qualquer vínculo entre si. Os donatários – seus titulares – dispunham de poderes quase absolutos. Exerciam seu governo com jurisdição civil e criminal, por intermédio de ouvidores por eles nomeados e juízes eleitos pelas vilas.

O ambiente jurídico-social, portanto, não autoriza dizer que se conferia o direito de cidadania aos indivíduos, posto que estavam submetidos à autoridade absoluta do donatário, que exercia o poder político sem qualquer influência do povo. Na verdade, até a chegada da família real portuguesa no Brasil em 1808, conquanto tivessem ocorrido diversas alterações no modo de exercício do poder político da colônia, no que se refere aos direitos dos particulares, não houve alterações relevantes. A partir do momento em que chegaram Dom João VI e os seus, contudo, iniciou-se a necessária organização política do Estado, com o surgimento do Conselho do Estado, da Intendência Geral de Polícia, do Conselho da Fazenda, do Conselho Militar, Academia da Marinha, Junta-Geral do Comércio, o Juízo dos Falidos, o Banco do Brasil, a Casa da Moeda etc.<sup>295</sup>

Proclamada a Independência do Brasil em 1822, o problema da unidade nacional surgiu como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das novas instituições. A consecução desse objetivo dependia da estruturação de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem ou até acabassem com os poderes regionais e locais. Os estadistas do Império tinham pela frente a difícil tarefa de construir a unidade do poder, segundo os princípios do liberalismo, da declaração constitucional dos direitos do homem e da divisão dos poderes, conforme postulado pelo artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do

---

<sup>295</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 74.

Cidadão de 1789 (“não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes”).<sup>296</sup>

Nesse contexto, surgiu a Constituição Política do Império do Brasil, em 25 de março de 1824, cujas normas representam um avanço extraordinário em determinados aspectos da cidadania, ao menos do ponto de vista formal, já que, efetivamente, pouco se podia contra o excessivo poder dado ao Poder Moderador, exercido pelo Imperador. Com efeito, se por um lado o Texto Magno não implementou um regime democrático em que o poder político necessitasse ter lastro na decisão do povo, pois persistiu no sistema monárquico e hereditário (o que seria a dimensão política da cidadania), de outro conferiu um rol extenso de garantias individuais aos súditos (art. 179 – dimensão civil da cidadania).

Portanto, no tocante à possibilidade de influência popular nas decisões estatais, pouca evolução trouxe a Constituição Imperial de 1824. É que seu texto consagrou um “governo monárquico hereditário” (art. 3º), cuja “dinastia imperante é a do Senhor Dom Pedro I, actual Imperador, e Defensor Perpétuo do Brasil” (art. 4º)<sup>297</sup>, trazendo as regras para a sucessão no trono, por parte dos descendentes do Imperador (arts. 116 a 118)<sup>298</sup> e vedando expressamente a possibilidade de sucessão na coroa por um estrangeiro (art. 119)<sup>299</sup>. Além disso, a Lei Maior do Império implementou a centralização do poder político no denominado Poder Moderador

---

<sup>296</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>297</sup> O texto constitucional rezava: “Artigo 3 - O seu governo é monarchico hereditario, constitucional, e representativo. Artigo 4 - A dynastia imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil.”

<sup>298</sup> A redação original dispunha: “Artigo 116 - O Senhor D. Pedro I, por unanime acclamação dos povos, actual Imperador Constittucional, e Defensor Perpetuo, imperará sempre no Brazil. Artigo 117 - Sua descendencia legitima succederá no Throno, segundo a ordem regular do primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo ao mais remoto; no mesmo gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça. Artigo 118 - Extinctas as linhas dos descendentes legitimos do Senhor D. Pedro I, ainda em vida do ultimo descendente, e durante o seu Imperio, escolherá a Assembléa Geral a nova Dynastia.”

<sup>299</sup> “Artigo 119 - Nenhum estrangeiro poderá succeder na Corôa do Imperio do Brazil.”



exercido pelo Imperador<sup>300</sup>, que subordinava todas as províncias do Império, sobretudo por meio da escolha e nomeação do seu presidente, chefe de polícia, juiz de direito e promotor público.

O Poder Moderador exercia, outrossim, amplo controle sobre o Executivo e o Legislativo. Quanto ao primeiro, porque seus cargos eram providos por nomeações feitas pelo Imperador, que também detinha a possibilidade de livremente demitir os nomeados.

No que se refere ao segundo, porque a própria Constituição conferia ao monarca a prerrogativa de dissolver a Câmara e de escolher os Senadores, consoante o disposto no artigo 101, cujo texto dispunha:

“O Imperador exerce o Poder Moderador:  
I. Nomeando os Senadores, na fôrma do art. 43.  
II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.  
III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: art. 62.  
IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: arts. 86, e 87.  
V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.”

Diante desse poder incontrastável aglutinado nas mãos do Imperador<sup>301</sup>, era inexorável a existência de privilégios e tratamentos especiais aos que com ele tinham relacionamento amistoso. Em outras palavras, o regime de privilégios aos *amigos do rei*, surgido desde a doação das doze capitanias hereditárias aos fidalgos encarregados

<sup>300</sup> “Artigo 98 - O Poder Moderador é a chave de toda a organização politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.”

<sup>301</sup> Segundo Paulo Bonavides: “(...) no ato de coroação, a primeiro de dezembro de 1822, D. Pedro I deu a primeira demonstração de seu poder sem limites ao proferir a célebre frase: ‘Juro defender a Constituição que está para ser feita, se for digna do Brasil e de mim’. A Assembléa já convocada padecia uma severa restrição ao exercício de sua inteira soberania; o poder constituinte do Imperador disputava-lhe espaço e fazia uma solene advertência.” (*Curso de direito constitucional*, p. 351).



de povoá-las e governá-las, em nome da Coroa portuguesa, mantinha-se na Constituição de 1824, na qual encontrava abrigo. Até o momento histórico da proclamação da República, lutou-se contra a opressão exercida pelo poder central e o sistema de regalias que ele proporcionava a alguns, em detrimento da maioria dos cidadãos.

Sob outra perspectiva, o Texto Constitucional do Império tratava como cidadãos apenas os nacionais. De fato, denominou-se o Título 2º da Carta de 1824 de “Dos Cidadãos Brasileiros”, o qual regulamentava o direito de nacionalidade<sup>302</sup>. Adotou-se o sistema de voto censitário para as eleições indiretas aos cargos do Poder Legislativo. Tinham voto apenas os cidadãos brasileiros, nos termos do dispositivo transcrito acima, e os estrangeiros naturalizados. Excluía-se, porém:

- “I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e officiaes militares, que forem maiores de vinte e um annos, os bachares formados, e clérigos de Ordens Sacras.
- II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.
- III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.
- IV. Os religiosos, e quaesquer, que vivam em communidade claustral.
- V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou empregos.”

<sup>302</sup> “Artigo 6 - São cidadãos brasileiros. I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai brasileiro, e os illegitimos de mãe brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter carta de naturalisação. Artigo 7 - Perde os direitos de cidadão brasileiro. I. O que se naturalisar em paiz estrangeiro. II. O que sem licença do Imperador aceitar emprego, pensão, ou condecoração de qualquer governo estrangeiro. III. O que for banido por sentença. Artigo 8 - Suspende-se o exercicio dos direitos politicos. I. Por incapacidade physica, ou moral. II. Por sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, emquanto durarem os seus effeitos.”



Ademais, essas pessoas que não tinham o direito de votar nas eleições primárias eram inelegíveis (art. 93). Embora o voto influísse pouco no sistema constitucional imperial, dada à natureza absoluta do poder do Imperador, a exclusão, por exemplo, dos que não tinham determinada renda líquida anual expressava *discrímen* desarrazoado. Essas pessoas excluídas estavam fadadas a serem controladas, mercê da impossibilidade de influência no poder político. Nesse mesmo passo, demonstrando o propósito de manutenção do *status quo* social, não podiam ser nomeados deputados os que não tivessem “quatrocentos mil réis de renda líquida” (art. 95, I). Havia, portanto, classes de cidadãos a quem se deferiam maiores prerrogativas unicamente com base na renda que auferiam, o que, sob o ponto de vista atual, contrastaria flagrantemente com o princípio da isonomia, comentado adiante, que se encontra consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988.

Por fim, no último Título da Constituição Imperial de 1824, Título 8º – Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, encontra-se o relevantíssimo artigo 179, que consagrou a “inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”<sup>303</sup>, trazendo em seus trinta e cinco incisos extenso rol de direitos e garantias individuais. José Afonso da Silva ressalta a importância de se terem erigido em direitos subjetivos e positivos esses diversos postulados que se encontravam consagrados apenas em documentos internacionais. Afirma outrossim que a Constituição do Império de 1824 foi a pioneira no mundo a fazê-lo<sup>304</sup>. Além disso, essa Carta consagra poderoso instrumento de defesa da

---

<sup>303</sup> “Artigo 179 - A inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...)”

<sup>304</sup> Leciona José Afonso da Silva: “Biscaretti di Ruffia denotou esse fenômeno com as seguintes palavras: ‘no curso do século XIX, a enunciação dos direitos e deveres dos indivíduos sofreu uma dupla transformação: passou para o próprio texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas jurídicas positivas (ainda que de conteúdo geral e de princípio), válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita subjetivação), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídica de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer



cidadania, como dispõe o inciso XXX do artigo 179, conferindo ao cidadão o direito de petição ao Legislativo e Executivo, podendo expor sobre qualquer infração aos seus termos, requerendo a efetiva responsabilização dos infratores.

Consagraram-se ainda o princípio da legalidade (inc. I), da irretroatividade da lei (inc. III), da liberdade de expressão do pensamento (inc. IV), da liberdade de crença (inc. V), da liberdade de ir e vir (inc. VI), da presunção da inocência (incs. VIII a X), do juiz natural (inc. XI), da igualdade (inc. XII), da proibição das penas cruéis (inc. XIX), do direito de propriedade (inc. XXII), do livre exercício do trabalho (inc. XXIV), da inviolabilidade do sigilo de correspondências (inc. XXVII), do direito de educação (incs. XXXII e XXXIII), dentre outros.

A despeito dessa inegável evolução trazida pela Carta de 1824, o excesso de poder nas mãos do Imperador gerou diversas instabilidades sociais, que resultaram na adoção do regime republicano, como forma de governo, por força do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889<sup>305</sup>. Em seguida, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 1º, consagrou a república e o federalismo, conferindo-lhes *status* constitucional.<sup>306</sup>

---

ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua positivação). Acrescenta que essa dupla transformação encontrou a primeira e integral afirmação na Constituição belga de 1831 (...). Cumpre, no entanto, observar que Biscaretti di Ruffia não conhece a Constituição do Império do Brasil, de 1824, se não verificaria que a primazia da subjetivação e positivação dos direitos do homem não cabe à Constituição belga, mas a ela (...).” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 166).

<sup>305</sup> Para Paulo Bonavides: “Com efeito, ao Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentou o Poder Moderador, de que era titular o imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império. Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial. Disso resultou, pela carência de autonomia provincial suficiente e pela ausência de poderes descentralizados, a funesta desintegração política do regime monárquico, substituído em 1889 pelo sistema republicano de governo.” (*Curso de direito constitucional*, p. 329).

<sup>306</sup> O texto constitucional da primeira Constituição do período republicano dizia: “Artigo 1º - A nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a república federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.”



A afirmação do regime republicano no direito positivo nacional representou notável desenvolvimento para a cidadania, sobretudo pela evolução da noção de isonomia inerente a essa forma de governo, e pela possibilidade de eleição democrática do exercente do poder político, o qual, ademais, descentralizou-se por meio da extinção do Poder Moderador e do acolhimento do sistema tripartido, com autonomia e harmonia entre os poderes. Com efeito, as perseguições e favoritismos, possibilitadas no regime anterior pela concentração do poder na figura do Poder Moderador, tornaram-se contrastantes com a nova ordem jurídica. Paulo Bonavides dissertando sobre o tema, diz que estavam em direção diametralmente oposta a estrutura do Estado inaugurado, comparada com a vigente ao tempo do Império, graças ao sistema republicano, a forma federativa, o regime presidencialista e funcionamento da Suprema Corte, que a partir dali exercia o controle da constitucionalidade, idéias trazidas dos Estados Unidos como modelo de Estado liberal, em franca ruptura com o anterior. Esse modelo se inspirava em valores de estabilidade jurídica sempre ligados ao conceito individualista de liberdade.<sup>307</sup>

A estrutura política do Estado, destarte, sofreu extraordinária alteração com o acolhimento da forma republicana de governo. O poder, doravante, não mais se centrava exclusivamente na pessoa do Imperador, que tudo podia fazer, sem o risco de ser responsabilizado por seus atos. Dividiram-se as funções do Estado entre poderes independentes e harmônicos, cujos membros deveriam prestar contas ao detentor do poder: o povo. Isso, evidentemente, trouxe conseqüências diversas no campo da cidadania.

De fato, os traços peculiares da república diferem absolutamente dos da monarquia, consoante esclarecedora lição de Dalmo de Abreu Dallari:

“As características fundamentais da república, mantidas desde o século XVII e que foram a razão de seu prestígio e de sua receptividade, são as seguintes:

---

<sup>307</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 331.



Temporariedade. O chefe do governo recebe um mandato, com o prazo de duração predeterminado. E para evitar que as eleições reiteradas do mesmo indivíduo criassem um paralelo com a monarquia estabeleceu-se a proibição de reeleições sucessivas.

Eletividade. Na república o chefe do governo é eleito pelo povo, não se admitindo a sucessão hereditária ou por qualquer forma que impeça o povo de participar da escolha.

Responsabilidade. O chefe do governo é politicamente responsável, o que quer dizer que ele deve prestar contas de sua orientação política, ou ao povo diretamente ou a um órgão de representação popular.”<sup>308</sup>

Na república, portanto, o chefe do Poder Executivo e os membros do Legislativo haurem sua legitimidade das urnas, ou seja, da eleição pelo povo, titular do poder político (dimensão política da cidadania). Disso se infere que, na qualidade de mandatários, devem manejar o poder com responsabilidade<sup>309</sup> em prol daquele que efetivamente o titulariza, o povo, por período determinado, em condição de igualdade, com o propósito da consecução do bem comum.

Uma das vigas mestras da república, como dito, é o princípio da isonomia, que obsta qualquer tipo de perseguições ou favoritismos e, destarte, impõe o tratamento igualitário na lei e perante a lei de todos os componentes do corpo social. Sobre esse tema, a lição de Roque Antonio Carrazza:

“A noção de república não se coaduna com os privilégios de nascimento e os foros de nobreza, nem, muito menos, aceita a diversidade de leis aplicáveis a casos substancialmente iguais, as jurisdições especiais, as isenções de tributos comuns, que beneficiem grupos sociais ou indivíduos sem aquela ‘correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida (...) e a desigualdade de tratamento em função dela conferida’, de que nos fala Celso Antônio Bandeira de Mello.”<sup>310</sup>

Mas não é só pela imposição firme do princípio da isonomia que a república traduziu um avanço no campo da cidadania. É que essa forma de governo, conjugada com o regime democrático, não admite a centralização absoluta do poder

<sup>308</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, 11. ed., 1985, p. 201.

<sup>309</sup> Não se admite mais a irresponsabilidade dos governantes que, *verbi gratia*, vinha consagrada no texto constitucional de 1824: “Artigo 99 - A pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

<sup>310</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 45.





em uma pessoa apenas. Na forma republicana de governo coexistem os três poderes de maneira harmônica, cada qual exercendo a soberania estatal nos limites de suas atribuições, respeitados os limites dos demais. Dessa maneira, as decisões estatais não ficam ao talante de uma pessoa (o monarca), mas dependem de procedimentos próprios, consagrados em lei (elaboradas por representantes do povo eleitos para mandato temporário), e executados por agentes estatais, regularmente investidos em seus cargos. As decisões estatais dão-se por meio de processos administrativos que conferem ao cidadão a possibilidade de defender seus direitos, inclusive em face do próprio Estado.

Acerca da importância da democracia e do regime republicano para a consagração da cidadania, cabe transcrever ensinamento de José Joaquim Calmon de Passos, em que se faz interessante análise da relação entre o modo como é exercido o poder político e a possibilidade do exercício da cidadania. Diz que uma primeira relação é aquela em que há poder absoluto do dominador, expropriando a própria condição de sujeito, para equipará-lo a uma coisa. Como exemplo, traz a relação do senhor com o escravo. Numa segunda, o poder “absoluto” assim permanece, mas a diferença é que o dominado não é expropriado da sua condição de sujeito, tal qual ocorre entre o servo e o senhor na relação de servidão. Prossegue dizendo: “Há uma terceira, em que há distribuição vertical de poder, havendo possibilidade do dominado, aqui, ser o dominador adiante, todos reconhecidos como sujeitos e todos admitidos à propriedade (é a relação senhor ou suserano e vassalo, exercendo seu poder em termos absolutos em cada nível de suserania)”. A lição de José Joaquim Calmon de Passos se completa, aí sim examinando a relação entre sujeitos iguais, permitindo o exercício da cidadania:

“Por fim, uma relação de poder estabelecida entre iguais, teorizado o poder como função, serviço e somente exercitável na medida em que for deferido pela vontade dos que devem obediência, que se permitiram ser governados em benefício comum. É neste intento que surge o cidadão, aquele que é governado sem poder ser oprimido. É só nesse espaço institucional que se faz possível o desempenho desse papel social (o papel político de cidadão). Como acentua Przeworski, a democracia não é nem mesmo o poder do povo, a transferência da soberania ao povo, abatido o

Príncipe, mas sim, a destruição de qualquer Príncipe, qualquer Senhor ou Soberano, encarado o poder político pragmaticamente, como um sistema de negociações e de equilíbrios parciais e instáveis entre interesses diferentes e opostos.”<sup>311</sup>

A lição retoma as breves palavras acima traçadas sobre a evolução do Estado ligada à dos direitos do cidadão. Com efeito, como assevera o autor, é apenas no regime democrático que a cidadania pode ser exercida em sua plenitude.

Relativamente à democracia e o modo de exercício do poder político, ressaltamos que o direito de sufrágio, na Carta de 1891, era deferido aos cidadãos maiores de 21 anos que se alistassem na forma da lei. Não se permitia, contudo, o alistamento dos mendigos, dos analfabetos, das praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior e os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade individual (art. 70). No mesmo passo, as mulheres também não podiam votar.

A despeito da exclusão dos mendigos quanto ao direito de voto, houve avanço no campo dos direitos políticos, um dos aspectos da cidadania, por conta da extinção do voto censitário, consagrado pelo regime constitucional anterior. Acabou-se, outrossim, com o sistema de eleição indireta para os membros do Poder Legislativo. De outro lado, o artigo 72 da Constituição de 1891 assegurava a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade e, em seguida, trazia extenso rol de direitos e garantias individuais. O mencionado preceptivo era mais abrangente que o seu correspondente da Constituição Imperial. É que o dispositivo desta conferia apenas aos “cidadãos” brasileiros os direitos e garantias individuais constantes do rol consagrado no artigo 179 da Carta de 1824; ao passo

---

<sup>311</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. *Revista de Processo*, ano 18, n. 72, p. 128, out./dez. 1993.



que o referido artigo 72 expressamente se referia aos “brasileiros e estrangeiros residentes do país”.

A história segue seu curso e, no início do século XX, dá-se, como visto, a positivação de diversos direitos sociais em resposta às desigualdades criadas pelo neutralismo do Estado liberal e pelo desenvolvimento do modo de produção capitalista. No Brasil, a revolução de 1930 acaba com a primeira república e faz com que Getúlio Vargas assumo o poder. Ele interveio nos Estados, liquidando com a política dos governadores e afastando a influência dos chamados coronéis. Centrou esforços na questão social, criou o Ministério do Trabalho e deu impulso à educação, antes esquecida. Preparou ainda um novo sistema eleitoral para o Brasil, decretando o Código Eleitoral em 1932. Por decreto de 3 de maio de 1932, marcou eleições para uma assembléia constituinte para um ano depois. Dois meses após, eclode em São Paulo a Revolução Constitucionalista. A derrota dos revoltosos pelas tropas fiéis a Vargas não obsteu mantivesse o decreto anterior de convocação das eleições, que se realizariam no dia marcado. Assim surgiu a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de agosto de 1934.<sup>312</sup>

O Texto de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar, é, segundo José Afonso da Silva, “um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”<sup>313</sup>, seguindo a linha das Constituições estrangeiras do início do século. A cidadania começa a tomar as feições atuais, inclusive no que é pertinente aos direitos sociais, embora se reconheça que muito ainda estaria por vir. Com efeito, foram reconhecidos os sindicatos e as associações profissionais (art. 120) e determinou-se que a lei promovesse “o amparo da produção e o estabelecimento das condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país” (art. 121). Especificamente em relação à educação, ensina Nina Beatriz Ranieri que “o tratamento da educação

<sup>312</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 82.

como questão nacional vem a se firmar, constitucional e institucionalmente, apenas na década de trinta, impulsionado pelo debate educacional promovido nos anos vinte, em decorrência da crise financeira internacional e da crescente urbanização do País, e pelo movimento geral de organização econômica promovido por Getúlio Vargas”.<sup>314</sup>

Ainda nessa esteira, proibiu-se a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; estabeleceu-se a garantia de salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; proibiu-se o trabalho aos menores de 14 anos; garantiu-se o direito a férias anuais remuneradas etc. (art. 120). Diante de tudo isso, dissertando sobre a Constituição de 1934, ensina Paulo Bonavides:

“Nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do Direito Constitucional positivo vigente no país. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.”<sup>315</sup>

Ainda sob o influxo dos movimentos sociais do início do século, foi criado, além do título sobre a ordem econômica e social (Título IV), outro sobre a família, educação e cultura (Título V), mais um avanço no campo da cidadania. No mais, a Constituição de 1934 definiu os direitos políticos, no bojo do sistema eleitoral, admitindo o voto feminino (art. 108)<sup>316</sup> pela primeira vez num texto constitucional

<sup>313</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 83.

<sup>314</sup> RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e Estado*: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96). São Paulo: Edusp; Fapesp, 2000, p. 46.

<sup>315</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 332.

<sup>316</sup> “Artigo 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único - Não se podem alistar eleitores: a) os que não saibam ler e escrever; b) as praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os

brasileiro. De fato, ampliaram-se os direitos políticos, em virtude da diminuição da idade para o alistamento eleitoral. O sistema constitucional anterior previa a possibilidade a partir dos 21 anos; o de 1934, a partir dos 18. Continuaram, contudo, privados desse direito os analfabetos, os soldados de forma geral, os mendigos e os privados dos seus direitos políticos. Como nas Constituições precedentes, previu-se a clássica declaração dos direitos e garantias individuais (arts. 113 e 114). Como se vê, os direitos políticos foram ampliados, e de igual forma a cidadania. As mulheres tiveram o direito de voto reconhecido constitucionalmente, trazendo-as para o arco protetor da cidadania.

Alguns anos depois do surgimento da Carta de 1934, com o argumento de que alguns dos novos partidos políticos surgidos no país (partido fascista e partido comunista) representavam, por sua própria natureza, perigo imediato à democracia e às suas instituições, Getúlio Vargas, que havia sido eleito pela Assembléia Constituinte para o quadriênio constitucional, dissolveu a Câmara e o Senado e revogou a Carta de 1934, promulgando a Constituição de 1937<sup>317</sup>, que substancialmente pouco diferia daquela que substituíra, no que tange aos diversos aspectos da cidadania apontados acima (direitos políticos, sociais e garantias e direitos individuais). Ocorre que ela não teve “aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo”.<sup>318</sup>

Assim, o período em que esteve em vigor representou um retrocesso aos variados aspectos da cidadania. Com efeito, a mera enunciação na Lei Maior dos

---

aspirantes a oficial; c) os mendigos; d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos.”

<sup>317</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 84.

<sup>318</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 84.

direitos dos cidadãos não satisfazia. Era mister o efetivo cumprimento da Carta, não o poder ilimitado exercido pelo ditador, em desrespeito a ela.

A Constituição de 1946, por sua vez, reflete a redemocratização do país ocorrida após o término da 2ª Guerra Mundial. Diferentemente das outras, a Constituição de 1946 não resultou de um projeto elaborado pelo Executivo, mas teve por parâmetro os Textos de 1891 e 1934. Na lição de José Afonso da Silva:

“Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.”<sup>319</sup>

Mantinham-se o regime representativo, a federação e a república (art. 1º). O Título V da Constituição de 1946, denominado “Declaração de Direitos”, tinha seu primeiro capítulo tratando “Da Nacionalidade e da Cidadania”. Ali se previam os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. O Capítulo II, por sua vez, cuidava “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, trazendo o seu rol nos parágrafos do artigo 141. Na mesma esteira, os direitos sociais continuaram consagrados no Texto Maior, conforme o disposto no artigo 157.

Não houve, portanto, grandes inovações no campo da cidadania, ao menos do ponto de vista formal. De outro lado, no plano político, o período regido pela Carta de 1946 apresenta-se como um dos mais turbulentos da história e culmina com o golpe militar de 1º de abril de 1964, que instaurou uma ditadura terminada apenas com a promulgação da Constituição de 1988. Conforme ensinamento de Paulo Bonavides:

---

<sup>319</sup> Ibidem, p. 86.

“É de assinalar que durante a ditadura dos militares o Brasil testemunhou a ação de dois poderes constituintes paralelos: um, tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e auto-intitulado poder revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda n. 1 à Constituição de 1967, ou seja, a ‘Constituição’ da Junta Militar, de 17 de outubro de 1969.”<sup>320</sup>

Como aponta o autor na lição transcrita, a legalidade no período era meramente formal e o exercício da cidadania apenas um exercício de retórica. Carece de interesse, portanto, a análise dos direitos e garantias deferidos aos cidadãos na Constituição de 1967 e na Emenda de 1969, porque elas simplesmente não eram respeitadas pelo poder autoritário então governante. Com efeito, a forma de governo republicana, no período em comento, deturpou-se devido ao regime ditatorial imposto pela força. Nessa fase da história recente do país, não se observaram as principais características do regime republicano, porquanto os exercentes do poder político não detinham representatividade, exerciam perseguições a dissidentes do regime, impunham regras jurídicas unilateralmente, ao sabor da conveniência momentânea, em claro menoscabo ao Poder Legislativo. Daí o motivo de a Constituição de 1988, com o desiderato de que a história não se repetisse, afirmar expressamente que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito” e, destarte, garantir a preservação dos fundamentos republicanos por meio da consagração de um regime democrático. Nas palavras de José Afonso da Silva:

“A democracia não precisa de pressupostos especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu governo emana do povo, é democrática; se não, não o é. A sociedade primitiva fora democrática. A sociedade política – estatal – passara a não ser. Por isso, nesta ‘a democracia pressupõe luta incessante pela justiça social’. Não pressupõe que todos sejam instruídos, cultos, educados, perfeitos, mas há de buscar distribuir a todos instrução, cultura, educação, aperfeiçoamento, nível de vida digno. Bem o disse Claude Julien: ‘a democracia não pode resignar-se com os bidonvilles, os alojamentos insalubres, os salários miseráveis, as condições de trabalho

---

<sup>320</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 332.



miseráveis'. Fundamenta-se na garantia da igualdade, por isso não pode tolerar a extrema desigualdade entre trabalhadores e classe dominante.”<sup>321</sup>

Ensina-se que a democracia tem fundamento nos princípios da maioria, da igualdade e da liberdade. Em rápidas palavras, consagram-se as decisões da maioria do povo<sup>322</sup>, cujos votos tem o mesmo valor, garantida, contudo, às minorias a possibilidade de expressão de suas opiniões e luta civilizada por seus direitos. A conjugação da forma republicana de governo com a democracia afigura-se essencial no campo da cidadania. Efetivamente, conquanto o regime republicano seja adotado no Brasil desde 1889, nos períodos em que o poder ficou centralizado nas mãos de ditadores, havia no país um arremedo de república. Durante a ditadura militar, os *presidentes* não foram eleitos pelo povo, houve fechamento do Congresso Nacional, perseguições, prisões arbitrárias dos dissidentes do regime etc. Nesse período, o poder centralizou-se no Executivo de tal maneira que se desvirtuou a forma republicana de governo, sobretudo pela falta de legitimidade popular do exercício do poder.

No regime democrático, a participação popular na formação da vontade do Estado é primordial. Com efeito, o povo é o titular do poder do Estado cujo exercício incumbe aos seus representantes eleitos. Assim, afigura-se absolutamente imprescindível que se revistam de legitimidade popular os mandatos eletivos conferidos aos chefes do Poder Executivo e aos membros do Poder Legislativo (dimensão política da cidadania). Apenas desse modo os atos administrativos e normativos emanados desses poderes revelarão, em última análise, a vontade do

---

<sup>321</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 129.

<sup>322</sup> Hugo Nigro Mazzilli esclarece: “A democracia não é apenas o governo da maioria, e sim da maioria *do povo*. Isso significa que democracia não é o governo da maioria das elites, nem da maioria das corporações, nem da maioria dos grupos econômicos e nem mesmo da maioria de alguns grupos políticos, que muitas vezes são aqueles que *efetivamente* fazem a lei, mas nem sempre defendem os interesses da população; democracia quer significar o governo da maioria *do povo*.” (Ministério Público e a defesa do regime democrático. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coords.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 95).





detentor do poder, o povo (art. 1º, parágrafo único da CF)<sup>323</sup>. Nessa mesma esteira, não menos necessário se mostra o respeito ao princípio do contraditório nos processos judiciais, de modo a possibilitar a participação ativa do cidadão na concepção da sentença, ato estatal imperativo que deve se submeter ao modelo democrático de Estado adotado pela Carta da República.

Em suma, a consagração constitucional do regime político democrático garante a preservação dos contornos essenciais da forma republicana de governo; disso, aliás, infere-se a relevância do mister de defesa do regime democrático cometido ao Ministério Público pela Constituição de 1988 (art. 127, *caput*).

No período histórico em que o país foi governado pelos militares, pois, a cidadania restou vulnerada, sobretudo no campo dos direitos políticos e das garantias e direitos individuais do homem, que existiam apenas do ponto de vista formal. Diante de tudo isso, é lícito afirmar que a Constituição de 1988 não apenas consagrou a república como forma de governo, mas ainda se preocupou em preservar seus traços fundamentais, prevendo como imperativo o regime democrático e diversos outros institutos garantidores dos direitos individuais, sociais e políticos. Daí se infere a razão de a luta pela normalização democrática e, por conseguinte, pela conquista do Estado Democrático de Direito, ter começado assim que se instalou o golpe de 1964, ganhando força após o Ato Institucional n. 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil.<sup>324</sup>

A Constituição de 1988, já em seu artigo 1º, inciso II, erigiu a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Essa norma reveste-se de importância ímpar por ter natureza de princípio que irradia efeitos em todo o

---

<sup>323</sup> É necessário reconhecer, contudo, que “nem sempre os *soi disant* representantes do povo dizem a vontade deste último quando legislam (...). Muitas vezes votam de acordo com decisões de momento, não raro em contrariedade com os compromissos partidários ou até mesmo em contrariedade com as promessas eleitorais. Os interesses de grupos e de corporações não raro prevalecem, de forma que muitas vezes é mera hipocrisia supor que a lei corresponda ao interesse geral” (MAZZILLI, Hugo Nigro, Ministério Público e a defesa do regime democrático, p. 96).

sistema jurídico; donde a importância de delimitar-lhe o âmbito de incidência. Nesse passo, entendemos relevante buscar o destinatário da cidadania, ligando ao nacional, para chegar a outra dimensão de que falamos acima. Voltemos ao conceito de cidadania, desta feita nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem se trata do “*status* de nacional acrescido dos direitos políticos (*stricto sensu*), isto é, poder participar do processo governamental, sobretudo pelo voto. Destarte, a nacionalidade – no Direito brasileiro – é condição necessária mas não suficiente da cidadania”.<sup>325</sup>

Nessa perspectiva, pois, cidadania corresponderia à nacionalidade<sup>326</sup> e aos direitos políticos, de modo que a possuiria apenas aqueles que se encontram inscritos na Justiça Eleitoral com aptidão para exercer o direito de sufrágio (arts. 14 e ss. da CF)<sup>327</sup>. Esses dispositivos regulamentam a forma pela qual os indivíduos podem influir nas decisões estatais no Estado Democrático de Direito pátrio, por meio do sufrágio universal, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular de lei.

Indubitavelmente, esse aspecto da cidadania apresenta extraordinária relevância, porquanto é por meio dos direitos políticos, decorrentes da nacionalidade, que o indivíduo se habilita a influir nas decisões imperativas do Estado, mesmo que indiretamente. Valendo-se dessa visão excessivamente estreita do vocábulo, contudo, aperta-se demais o campo de incidência dessa relevante norma constitucional (art. 1º, inc. II). Em outras palavras, por meio dessa

---

<sup>324</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 89.

<sup>325</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, p. 114.

<sup>326</sup> Para José Joaquim Calmon de Passos: “Pode-se dar à palavra cidadão um significado mais restrito, associando-a a nacionalidade. Cidadão seria, nesse entendimento, o indivíduo que se vincula politicamente a um determinado Estado, entendendo-se cidadania como o laço que une juridicamente o indivíduo ao Estado e até certo ponto o Estado ao indivíduo. Ou, numa definição estritamente dogmática – laço jurídico-político de direito público interno, que faz o indivíduo um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado.” (Cidadania tutelada, p. 129).

<sup>327</sup> “Artigo 14 - A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os

interpretação, conclui-se que os direitos políticos conferidos pela Carta àqueles que preencham os requisitos do artigo 14 revestem-se de natureza de fundamento da República. Tal exegese, como visto, acaba por esvaziar o conteúdo do dispositivo, devendo, por conseguinte, ser rechaçada. Com efeito, cidadania não pode ser resumida à nacionalidade, revelando-se mais acertado, segundo José Joaquim Calmon de Passos, o entendimento segundo o qual:

“(...) sem descartar o pressuposto da nacionalidade, empresta ênfase aos direitos que dela decorrem. Mais exatos, portanto, os que, como Hauriou, imbricam na cidadania as liberdades políticas – direito de participação e as liberdades civis – direito de autodeterminação. O vínculo nacional, servos e vassalos também o tiveram, mas o participar da vida política do Estado e fazê-lo vendo respeitada a esfera da sua autonomia individual, seu direito de realizar-se como pessoa, seu direito de cumprir, com independência e eficácia, seu destino pessoal, no quadro de uma sociedade organizada, esta é a novidade que pede seja enfatizada. Em nosso século, algo foi acrescentado a esse binômio – direitos civis, direitos políticos – os denominados direitos sociais.”<sup>328</sup>

Na verdade, como se cuida de dispositivo constitucional que irradia efeitos em todo o ordenamento jurídico, é necessário emprestar-lhe o maior alcance possível. Assim, faz-se mister interpretar o termo *cidadania* em sua acepção ampla, como sugere José Afonso da Silva, ao comentar o inciso II do artigo 1º da Constituição:

“A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.”<sup>329</sup>

---

maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.”

<sup>328</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Cidadania tutelada*, p. 129.

<sup>329</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 106.



Cidadania, destarte, deve ser vista em três aspectos: civil, relativo aos direitos e garantias individuais; político, concernente aos direito de nacionalidade e políticos; e social, tocante aos direitos sociais.

Fixado genericamente o sentido do vocábulo *cidadania*, cumpre doravante analisar como ele se relaciona com a Constituição, ainda que em seus aspectos mais relevantes.

### 3.3 A cidadania na Constituição de 1988

Em primeiro lugar, cabe abordar a cidadania na Constituição, mas sob o aspecto da dimensão política, aquela que é costumeiramente tratada com prioridade pelos doutrinadores. Repise-se, contudo, que esse é apenas um dos aspectos do tema, ou seja, não se deve ter como sinônimos direitos políticos e cidadania. Aqueles são apenas uma parte desta, embora a própria Lei Maior possa incorrer na prática de confundir os dois conceitos, conforme se verifica no artigo 5º, inciso LXXIII, que cuida da ação popular.

A nacionalidade é o pressuposto para o exercício dos direitos políticos. Ela é “o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado, consoante conceito de Pontes de Miranda”<sup>330</sup>. Apenas quem a tem pode participar da escolha daqueles que exercerão o poder político em nome do povo, seu titular (art. 1º, parágrafo único da CF). A Lei Maior disciplina os modos de aquisição e de perda da nacionalidade em seu artigo 12. Na análise desse importante tema, impende trazer à colação os ensinamentos de José Afonso da Silva, segundo as quais, o regime representativo de governo desenvolveu técnicas para efetivar a participação dos representantes do povo nos vários órgãos governamentais. De início, esse desenvolvimento ocorreu de forma empírica, na medida que uma escolha era necessária, mas:

---

<sup>330</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 307.

“Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras, que o direito positivo sancionara como normas de agir. Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acabara exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que recebera a denominação de *direitos políticos*.”<sup>331</sup>

A Constituição cuida dos direitos políticos a partir do artigo 14, prevendo as formas pelas quais o povo pode dar concretude ao regime democrático, participando efetivamente do exercício político. Com efeito, ali estão consagrados o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei como meios de participação direta no poder. Os dois primeiros diferenciam-se, segundo Alexandre de Moraes, porque o plebiscito é uma consulta prévia, da seguinte maneira:

“Em nosso ordenamento jurídico-constitucional, essas duas formas de participação popular nos negócios do Estado divergem, basicamente, em virtude do momento de suas realizações. Enquanto o *plebiscito* é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso nacional, o *referendo* consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe eficácia (condição resolutiva).”<sup>332</sup>

Regulam-se ainda o direito de sufrágio, as condições de elegibilidade e de inelegibilidade, a ação de impugnação de mandatos eletivos e a possibilidade de perda e suspensão dos direitos políticos. Merece, por sua relevância como meio de exercício da cidadania, algumas considerações a mais o direito de sufrágio, agora sob o prisma da ciência política que, no dizer de Darcy Azambuja, possui dois aspectos, um deles relativo à manifestação da concordância ou não pelo eleitor, em relação a uma proposição. Sendo assim, nas democracias diretas, as quais se caracterizam pelo cidadão decidindo as questões de governo, o sufrágio representa a aprovação ou não de uma determinada medida por parte do eleitor. Essa é a forma de expressar sua opinião sobre o tema ou proposta colocada à sua consideração. E diz ainda:

<sup>331</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 329.

“Nos institutos de democracia semidireta, como o *referendum*, o veto popular etc., o sufrágio também exprime a opinião do indivíduo sobre a questão que lhe é submetida. No regime representativo, o sufrágio é processo legal para a designação, pelo eleitorado, das pessoas que devem desempenhar determinadas funções, chamadas funções eletivas. Assim se escolhem os membros do Poder Legislativo, o Presidente da República e outras autoridades.”<sup>332</sup>

O direito de sufrágio é informado pelos princípios da liberdade, igualdade, universalidade e periodicidade. Diz-se *universal* porque abrange todos os cidadãos com capacidade eleitoral segundo a Constituição. Não há mais exclusão de mendigos ou daqueles que não atingissem determinada renda anual, como nos tempos anteriores<sup>334</sup>. Na mesma linha, mostra-se inadmissível a retirada do direito de sufrágio por razões de sexo, raça, instrução, ideologia, religião etc., pois, segundo José Afonso da Silva, a universalidade é princípio de base da democracia política, dado que ela se constrói na identidade entre governantes e governados, revelando-se tanto mais real quanto for a ampliação do direito de sufrágio entre os nacionais. A característica do sufrágio universal, positivado no artigo 14 da Constituição, está na coincidência entre a qualidade de eleitor e a de nacional de determinado país, obviamente respeitadas certas limitações, pois “essa coincidência não é e nem pode ser absoluta; assim, no Brasil, uma pessoa, para ser eleitora, fica sujeita a um duplo condicionamento, sem desrespeito à universalidade do sufrágio: a) um de fundo, porque precisa preencher os requisitos de nacionalidade, idade e

<sup>332</sup> MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 537.

<sup>333</sup> AZAMBUJA, Darcy, *Teoria geral do Estado*, p. 333.

<sup>334</sup> Darcy Azambuja explica: “As primeiras Constituições escritas e leis que se lhes seguiram, ainda que inspiradas nas idéias igualitárias das doutrinas do Contrato Social, não deram o direito de voto a todos os membros da sociedade. A primeira grande exclusão foi das mulheres, até bem recentemente ainda. Os legisladores da Revolução Francesa, em contradição com as idéias de igualdade que pregavam, partiram do axioma de que sociedade deve ser dirigida pelos mais sensatos, mais inteligentes, mais capazes, pelos melhores, por uma elite enfim. É o que se denomina sufrágio restrito. Para descobrir essa elite dois critérios foram adotados: 1º) são mais capazes os indivíduos que possuem bens de fortuna; 2º) são mais capazes os que possuem mais instrução. É o sistema do senso alto, do voto restrito pelas condições de fortuna ou de instrução.” (*Teoria geral do Estado*, p. 338).

capacidade; b) outro de forma, porque precisa alistar-se eleitora, e, assim, tornar-se titular do direito de sufrágio (art. 14, §1º).”<sup>335</sup>

O princípio da liberdade, por seu turno, garante que o direito de sufrágio seja exercido livremente, desprovido de qualquer tipo de indevida ingerência alheia. Confere-se ao eleitor a segurança de poder formar sua opinião livre de coação física ou psicológica. Um meio de assegurar a efetividade desse princípio é a garantia de que o voto será secreto (art. 14, *caput* da CF). Há algum tempo atrás, à guisa de exemplo, nas eleições iraquianas em que o voto era aberto, o ditador Saddam Hussein foi reeleito por unanimidade de votos<sup>336</sup>. Evidentemente, ninguém ousaria votar de maneira diversa, porquanto eram notórias as práticas truculentas daquele governo iraquiano contra os dissidentes do regime. Esse fato bem demonstra a inquestionável relevância do princípio.

O segredo do voto não deve se circunscrever ao momento em que o cidadão vota. É mister, ainda, que seja impossível que *a posteriori* descubra-se o teor do voto. Como diz José Joaquim Gomes Canotilho, “o princípio do sufrágio secreto é uma garantia da própria liberdade de voto. Além de exigir, como se disse, a proibição de sinalização de voto, pressupõe também a impossibilidade de uma reconstrução posterior no sentido da imputabilidade subjectiva do voto”.<sup>337</sup>

Em harmonia com o regime republicano, no qual se interditam privilégios de nobreza e perseguições, o voto de um cidadão deve ter o mesmo valor do de qualquer outro. Na república, não pode haver classe de cidadãos cujo voto valha mais do que outra determinada classe (distintas por cor, raça, sexo, renda etc.).

---

<sup>335</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 335.

<sup>336</sup> “Não é exatamente uma novidade afirmar que a democracia é quase uma ficção no mundo árabe. E não o é porque o conceito de democracia não signifique nada por lá. Pelo contrário, os dirigentes se importam – talvez até exageradamente – em parecer democráticos. Seus líderes frequentemente reclamam terem sido eleitos com índices expressivos: Saddam Hussein, o epígono da popularidade, obteve 100% dos votos em 2002; mais modesto, o antigo presidente Hafez al Assad, da Síria, conseguia majorias de 95%.” (ÁRABES e democracia. *Folha de S. Paulo*, 18 out. 2003. Opinião, Editorial, p. 2).



Como afirma José Afonso da Silva acerca do tema, não basta que seja reconhecido a todos o direito de votar, em atendimento à universalidade, pois mister se faz que cada um dos eleitores possua o mesmo número de votos de todos os demais, como regra um voto para cada homem. Essa regra nada mais é que a aplicação do princípio da igualdade no campo político. E continua a lição:

“A igualdade do direito de votar se manifesta, em seu sentido mais rigoroso, no reconhecer a cada homem, a cada eleitor, um único voto (*one man, one vote*), pois cada *cidadão tem o mesmo peso político e a mesma influência qualquer que seja sua idade, suas qualidades, sua instrução e seu papel na sociedade*. O que importa mesmo, para a realização do princípio do sufrágio igual, é que a nenhum eleitor seja atribuído mais voto que a outros.”<sup>338</sup>

Outra característica fundamental da forma republicana de governo é a periodicidade dos mandatos eletivos conferidos pelo povo por meio do voto, donde se infere o princípio da periodicidade do sufrágio. A respeito do assunto, assevera José Joaquim Gomes Canotilho que “embora seja diferente de sistema constitucional para sistema constitucional, o princípio democrático, na sua dimensão representativa, impõe o sufrágio periódico (art. 116º/1) e a renovação periódica dos cargos políticos (cfr. art. 121º). Impede-se, com isto, a vitaliciedade de mandatos”.<sup>339</sup>

A integração dos referidos princípios, portanto, confere ao eleitor condições democráticas para o exercício do direito de sufrágio e, de outro lado, revela facetas da forma de governo adotada pelo país, cujas características precípuas impõem o respeito à isonomia entre os cidadãos, à liberdade de escolha no relevante momento do voto. Ainda nessa dimensão política do direito da cidadania, cabe mencionar o disposto no artigo 5º, inciso LXXII da Constituição, em cujo texto se lê: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade

<sup>337</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 435.

<sup>338</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 337.

<sup>339</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 436.





administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. O dispositivo confere legitimidade ativa para o uso da ação popular a *qualquer cidadão*. Aqui, contudo, a palavra cidadania não tem o mesmo espectro amplo em significado que possui no inciso II do artigo 1º da Lei Maior, consoante considerações acima expendidas. Com efeito, utilizou-se no artigo 5º, inciso LXXII uma visão estreita do conceito de cidadania, equiparando-o ao de direitos políticos. Nesse sentido, dissertando sobre a legitimidade ativa para a ação popular, assevera Hely Lopes Meirelles:

“O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito esse que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física), munido de seu título eleitoral, poderá propor ação popular, sem o que será carecedor dela. Os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe, ou qualquer outra pessoa jurídica, não têm qualidade para propor ação popular (STF, Súmula 365). Isso porque tal ação se funda essencialmente no direito político do cidadão que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração.”<sup>340</sup>

Logo, a legitimidade ativa da pessoa física para o exercício da ação popular pressupõe o seu alistamento eleitoral. É o que exige expressamente o artigo 1º, parágrafo 3º da Lei n. 4.717/65, nos seguintes termos: “A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”. Desse modo, não resta dúvida de que se empregou, nesses textos legislativos, o termo cidadania como sinônimo de direitos políticos, os quais, na verdade, revelam apenas um dos aspectos daquela. É lícito afirmar que a propositura de uma ação popular traduz o exercício da cidadania porque, por meio dessa demanda, um dos membros do corpo social busca em juízo prestação jurisdicional apta a satisfazer um interesse de toda a coletividade. Não se postulam interesses meramente individuais na ação popular. Isso é uma peculiaridade dela,

<sup>340</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 84.

pois, como sabido, o Código de Processo Civil adota um regime essencialmente individualista (art. 6º do CPC), em que se deve demonstrar interesse próprio para agir (art. 3º do CPC). Ademais, tradicionalmente esse instrumento processual servia apenas para a tutela do patrimônio público, mas a Constituição trouxe “à órbita da vigilância popular o ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, o que constitui avanço na identificação da nossa com a vetusta *popularis actio*”<sup>341</sup>. Aumentou assim o campo de exercício da cidadania pelos eleitores, por alargar os limites fiscalizatórios que eles podem exercer sobre os seus representantes no comando do poder político.

Outra forma de fiscalização por parte dos cidadãos dos atos do Poder Público consagrada na Constituição encontra-se no parágrafo 2º do artigo 74<sup>342</sup>, cujo *caput* prevê a existência de um sistema integrado de controle interno nos poderes da República. Afirma o texto constitucional que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Assim, conquanto o *caput* do artigo 74 verse sobre o controle interno dos poderes, o transcrito parágrafo 2º prevê um sistema de controle externo. Neste, como no dispositivo referente à ação popular, “*cidadão é o eleitor*”<sup>343</sup> que pode preferir essa via ao ajuizamento da ação popular.

<sup>341</sup> SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 489.

<sup>342</sup> “Artigo 74 - Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

<sup>343</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 689.



Curiosamente, em outra passagem, o Texto Maior não utiliza o vocábulo *cidadão*, ao dispor sobre a possibilidade de exame e questionamento das contas municipais, nos termos do parágrafo 3º do artigo 31, preferindo usar *contribuinte*. Todavia, sabido que o constituinte não é legislador técnico, razão pela qual pode utilizar termos que à primeira vista podem parecer equívocos. No caso, evidentemente não cabe apenas ao *contribuinte* fiscalizar as contas municipais, mas todo e qualquer *cidadão*, até em harmonia com o que a própria Constituição estabelece em relação aos Tribunais de Contas. De toda forma, é mais um mecanismo de exercício da cidadania pelo poder fiscalizatório conferido ao cidadão e que se aplica tanto no âmbito da União, como dos Estados, por força do artigo 75 da Constituição.

Enfim, o campo político da cidadania traduz-se no direito à nacionalidade, nos direitos políticos e nos de fiscalização da atividade do Poder Público, estes últimos decorrentes do próprio regime republicano, em que se governa com responsabilidade, e da democracia, pois, se o povo é titular do poder e aqueles que o exercem são seus representantes, ele pode fiscalizar tal exercício.

No plano civil do direito da cidadania, encontram-se as liberdades públicas<sup>344</sup> (direito de autodeterminação) e as garantias individuais, conquistadas na Revolução Francesa pela burguesia, cuja finalidade era tolher o poder incontestável do Estado absolutista. Elas se acham consagradas em diversos dispositivos

---

<sup>344</sup> Segundo José Joaquim Gomes Canotilho: “As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e através delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí o nome de *direitos de liberdade*, *liberdades de autonomia* e *direitos negativos*. Por sua vez, os direitos estariam ligados ou ao *status activus* ou ao *status positivus*. Os direitos ligados ao *status activus* salientam a participação do cidadão como elemento activo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos). Aqui radicam expressões como *direitos políticos*, *direitos do cidadão*, *liberdades participação*. Direitos são ainda as posições jurídicas do cidadão conexas com o *status positivus*: trata-se dos direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual. Daí a sua designação como *direitos positivos* ou *direitos de prestação*, modernamente conhecidos por *direitos económicos, sociais e culturais*.” (*Direito constitucional*, p. 520).



espalhados pela Constituição, sobretudo no artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos.

O Texto de 1988, aliás, trouxe em seu bojo um extenso rol de direitos fundamentais, que são “aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”<sup>345</sup>. Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A declaração contida na Constituição brasileira de 1988 é a mais abrangente e extensa de todas as anteriores. Inclui, como é óbvio, as liberdades públicas clássicas, conferindo excepcional ênfase aos direitos concernentes à matéria penal. Por outro lado, inova ao prever, por exemplo, o direito de informação, a defesa do consumidor etc.”<sup>346</sup>

Como visto, a doutrina aponta como caracteres essenciais dos direitos fundamentais a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade<sup>347</sup>, a inviolabilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementaridade<sup>348</sup>. De outro lado, classifica-os, valendo-se do critério do objeto imediato do direito assegurado<sup>349</sup>, em direito à vida, direito de igualdade, direito de liberdade e direito de propriedade. Ao cidadão se garante o direito à vida de modo assaz abrangente, conquanto não absoluto (como de resto qualquer direito) pois, como sabido, não se pune aquele que atenta contra a vida de outrem, agindo acobertado por uma das causas que excluem a ilicitude (art. 23 do CP).

O que nos levou a destacar esse direito é que há íntima relação entre o direito à vida (art. 5º, *caput*) e o princípio da *dignidade da pessoa humana*, consagrado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º,

<sup>345</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 188.

<sup>346</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, p. 288.

<sup>347</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 179.

<sup>348</sup> MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais*, p. 41.

inc. III). Tércio Sampaio Ferraz Júnior traça interessante relação entre a dignidade da pessoa humana e cidadania. Diz que os valores expressados no preâmbulo da Constituição de 1988 (respeitada função dogmática usual de revelar a *mens legislatoris*, configura uma pista para localizar princípios diretores e definir a autoridade constituinte, nos seus dizeres) permitem entender uma exponencial preocupação da Constituição em traçar o espaço da cidadania “em termos de supremacia do valor síntese da dignidade humana. A forte insistência, não só na fraternidade, mas na proibição de discriminações de qualquer natureza, mostra que a dignidade humana é a conjugação de liberdade como um princípio de sociabilidade”. Diz ainda que com isso resta afirmada a capacidade humana de tomar as rédeas de seu próprio destino, revelando cada um a sua própria singularidade. A esse mesmo tempo, fica negado o isolamento, pois:

“(...) afirma-se também o enraizamento social do homem, posto que sua dignidade repousa na pluralidade e no seu agir conjunto (Arendt, 1981:191): o homem como um ser distinto e singular entre iguais, base de cidadania. O sentido da dignidade humana alcança, assim, a própria distinção entre Estado e Sociedade Civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos.”<sup>350</sup>

Os direitos, como se nota, se interligam, se completam e são base de princípios fundamentais do Estado inaugurado em 5 de outubro de 1988. Não há dignidade humana sem cidadania. Conforme observa Alexandre de Moraes, trata-se a dignidade da pessoa humana de um valor espiritual e moral inerente à pessoa, manifestando-se de maneira singular pela autodeterminação consciente e responsável da própria vida, exigindo o respeito por todas as demais pessoas, segundo ele:

“(...) constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser

<sup>349</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 190.

<sup>350</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito e cidadania na Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos, n. 47-48, p. 17, jan./dez. 1997.

feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.”<sup>351</sup>

Infere-se pois que do direito à vida decorrem outros, em diferentes campos: direito à integridade física (art. 5º, incs. III, XLVII e XLIX), à integridade moral (artigo 5º, incs. V, X e XLIX), à privacidade e à intimidade (art. 5º, incs. X, XI e XII)<sup>352</sup>. Com efeito, a Magna Carta não se limitou a garantir o nascimento com vida, mas sim todo o desenvolvimento incólume do processo vital, em condições apropriadas.

O direito de igualdade, por seu lado, também constante do *caput* do artigo 5º da Constituição, decorre do regime republicano pois, como observa Geraldo Ataliba, careceria de sentido se os cidadãos se reunissem em república, fundassem um Estado outorgando uma Constituição, que a despeito de tudo isso consagrasse a violação – direta ou indireta – da igualdade fundamental, postulado básico e condicionante da ereção do regime. Diz: “A *res publica* é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebe devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade se não fosse marcada pela igualdade.”<sup>353</sup>

Esse relevante princípio encontra-se reafirmado em distintas passagens do Texto Constitucional, como se houvesse necessidade de insistir de outras maneiras e por distintos institutos, que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na medida em que se desigalam. A leitura atenta da Constituição leva à conclusão de que o constituinte estava imbuído do propósito de marcar indelevelmente que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, como se a adoção do princípio republicano já não fosse o bastante. Prova

<sup>351</sup> MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais*, p. 60.

<sup>352</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 195.

disso é o disposto no artigo 3º, inciso III, que traz como um dos objetivos fundamentais da República a redução das *desigualdades sociais e regionais*; no artigo 5º, inciso I, que impõe a igualdade de direitos e obrigações para os homens e as mulheres, nos termos constitucionais; no artigo 7º, XXX e XXXI, cujas regras proíbem distinções fundadas em certos fatores; e nos artigos 170, 193, 196 e 205 referentes à seguridade social, direito à saúde, à educação e a preocupação com a justiça social como objetivo da ordem econômica.<sup>354</sup>

Nessa mesma seara, é disposição expressa do artigo 37 da Constituição a impessoalidade na Administração pública, direta e indireta, e das pessoas políticas de qualquer dos poderes. Sob outro enfoque, o princípio da impessoalidade interdita a adoção de critérios puramente políticos para pautar a atividade estatal. De fato, “não pode a Administração agir por interesses políticos, interesses particulares, públicos ou privados, interesses de grupos. A ação administrativa, repetimos, deve desenvolver-se tendo em vista os critérios do bom andamento do serviço público, do melhor para o interesse público a tutelar. Favoritismos ou desfavoritismos estão proscritos”<sup>355</sup>. Dessas considerações exsurge a imposição decorrente do princípio em comento de que o administrador aja com base em critérios objetivos, fundamentados no interesse público, não pessoal. Assim, reduz-se a possibilidade de serem perpetrados favoritismos para alguns ou perseguições em detrimento de outros, o que se revela salutar, considerando a cidadania inserida num contexto sócio-político, orientada pelos princípios republicanos e democráticos.

E, para reafirmar que a igualdade não está apenas no artigo 5º da Constituição, merece relevo observar que o princípio vem repetido no artigo 150, inciso II da Constituição, vedando tratamento desigual de contribuintes em situação

---

<sup>353</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2001. p. 160.

<sup>354</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 207.

<sup>355</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 54.



equivalente<sup>356</sup>. Diante de todo o exposto, é lícito afirmar que os princípios constitucionais comentados exemplificativamente acima encerram facetas do princípio da isonomia, o qual, por sua vez, decorre diretamente do regime republicano.

No que diz respeito ao direito de liberdade, ele encontra previsão em diversos dispositivos e sob diferentes aspectos: liberdade de ação (art. 5º, inc. II), de locomoção (art. 5º, inc. LXVIII), do pensamento (art. 5º, incs. IV, VI, VII, VIII, IX), de reunião (art. 5º, inc. XVI), de associação (art. 5º, incs. XVII a XXI), de profissão (art. 5º, inc. XIII), sindical (art. 8º) e direito de greve (art. 9º)<sup>357</sup>. A *liberdade-matriz*<sup>358</sup> acha-se consagrada na Constituição, nos seguintes termos (art. 5º, inc. II): “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Da mera leitura desse dispositivo constitucional deflui-se que ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que a lei expressamente não vedar. A par dessa visão individualista do princípio da legalidade, cabe observar que, sob o ponto de vista do Direito Público, o teor do dispositivo leva à seguinte conclusão: como o cidadão só se obriga por força da lei, o Estado, por conseguinte, pode agir sobre aquele apenas quando fundamentado nela (art. 37, *caput*, da CF)<sup>359</sup>. Essa é a outra face do princípio em análise. O campo da liberdade individual, portanto, será delimitado pelo legislador ordinário. A lei demarcará a liberdade de fazer ou de agir dos indivíduos e autorizará a atuação restritiva por parte do Poder Público. Liberdade e o sistema estatal coativo, destarte, não são antagônicos, desde que a

<sup>356</sup> “Artigo 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

<sup>357</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, p. 289.

<sup>358</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 229.

<sup>359</sup> Segundo Alexandre de Moraes: “Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas (CF, art. 59) devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, sendo assegurada ao particular a possibilidade de recusar



legislação restritiva da liberdade individual provenha de autoridade com legitimidade para o exercício desse grave mister. Esta é a lição de José Afonso da Silva, nos seguintes termos:

“Desde que a lei, que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um Legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em Constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada. Nesse caso, os limites a ela opostos pela lei são legítimos. A Constituição em vigor preenche as condições de legitimidade para embasar uma lei legítima, desde que se harmonize com ela.”<sup>360</sup>

Dessas considerações acerca do princípio da legalidade, é lícito inferir que ele constitui traço essencial do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* da CF). Por conseguinte, os cidadãos não correm o risco, desde que respeitados os postulados constitucionais, de verem seus direitos e liberdades tolhidos por um Estado totalitário e ditatorial, como ocorrido na história recente do país. A nota democrática inserida no regime político do Estado brasileiro pela Constituição de 1988 exige que qualquer tipo de obrigação imposta ao cidadão provenha de ato normativo formulado pelo Poder Legislativo, o qual se compõe por representantes de todas as camadas da sociedade. Não mais se admite a anulação dos direitos e liberdades humanas ao sabor das conveniências de um poder político onipotente, sem controles e destituído de legitimidade popular. Cuida-se, portanto, de grande avanço no âmbito do direito da cidadania, trazido pela Carta de 1988. Dessa liberdade principal decorrem todas as demais, como a de locomoção livre por todo o território nacional, em tempo de paz, nos termos legais (art. 5º, inc. XV); a de reunião (inc. XVI); a de associação (inc. XVII); a de exercício de trabalho (inc. XIII); a de livre expressão do pensamento (inc. XI), dentre outras. O Texto Constitucional de 1988 foi pródigo em reconhecê-las expressamente em prol dos cidadãos, para que não se repetissem os tristes fatos ocorridos sob a égide da ordem constitucional anterior, quando o exercente do poder político censurava a

---

as imposições estatais que não respeitarem o devido processo legislativo.” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 197).

<sup>360</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 229.



manifestação do pensamento (no campo da imprensa e da cultura), expulsava do país dissidentes políticos, prendia-os arbitrariamente para interrogatórios, por vezes, algo truculentos etc. Evidentemente, isso não mais se admite sob o atual ordenamento constitucional. O exercício da cidadania se constitui em barreira intransponível à arbitrariedade.

Por derradeiro, encaminhando-se para a finalização da exposição sobre o aspecto civil do direito da cidadania, cabem alguns apontamentos sobre direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII), cujos contornos estão delineados no próprio Texto: atendimento da função social da propriedade (arts. 5º, inc. XXIII; 170, inc. III; 182, § 2º; 184 e 186 da CF); possibilidade de desapropriação por utilidade, necessidade pública ou interesse social (art. 5º, inc. XXIV); impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família por dívidas decorrentes de sua atividade produtiva (art. 5º, inc. XXVI) etc. A Lei Magna conferiu à propriedade privada a natureza de direito individual (art. 5º, inc. XXII). Deu-lhe ainda *status* de princípio da ordem econômica (art. 170, inc. II), subordinando-a porém ao atendimento de sua função social (arts. 5º, inc. XXIII; e 170, inc. III). Assim, segundo José Afonso da Silva:

“(...) ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição de Direito Privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62º). É verdade que o art. 170 inscreve a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (incs. II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender à sua função social, fica vinculada à consecução desse princípio.”<sup>361</sup>

<sup>361</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 263.

Com efeito, o direito de propriedade tem um propósito, uma finalidade a ser perseguida por seu titular. Ele não pode ser explorado em prejuízo da comunidade, porquanto o direito contemporâneo privilegia a funcionalidade dos institutos jurídicos. Seguindo a senda constitucional, dispôs o Código Civil em seu artigo 1.228, parágrafo 1º que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Em síntese, a propriedade é garantida pela Constituição aos cidadãos, mas traz consigo um feixe de deveres, delineados pela própria Carta da República, bem como por atos normativos infraconstitucionais, cuja violação importa em sanções de variadas naturezas (prevendo-se até a possibilidade de desapropriação, conforme o art. 182, § 4º, inc. III da Lei Maior). Nesse tema, a Constituição de 1988 cuida ainda especificamente da propriedade artística, literária e científica nos incisos XXVII a XXIX do artigo 5º, e da propriedade dos direitos hereditários nos incisos XXX e XXXI do mesmo preceptivo.

Portanto, a Constituição condiciona o exercício da propriedade à sua função social, e nitidamente ela está ligada a um outro aspecto da cidadania, sempre visando atingir os objetivos fundamentais fixados no artigo 3º. Enfatizamos o direito de propriedade em razão de entendermos intimamente ligado ao direito à educação, sobretudo porque o artigo 209 da Constituição determina que o ensino é livre à iniciativa privada, condicionando, contudo, apenas ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Uma leitura menos avisada desse dispositivo poderia dar a entender que, cumprindo apenas esses dois requisitos, estaria a instituição de ensino privada totalmente livre para agir como lhe aprouvesse.

Não vemos assim, pois a propriedade privada está condicionada à sua função social, além do que é princípio informador da ordem econômica. Na área da educação, a função social é ditada pelas necessidades da própria educação, motivo pelo qual ela somente estará cumprida se em consonância com os valores do direito social à educação, além dos condicionantes mencionados no artigo 209 do Texto.

Como se viu, o conteúdo da cidadania não se resume aos aspectos político e civil apontados acima, cumprindo notar que a visão histórica que estamos enfatizando tem o objetivo de trazer à tona a construção da cidadania no tempo, partindo do restrito campo dos aspectos mencionados, para uma visão mais ampla e consentânea com o mundo atual e com a nossa Constituição. Nesse sentido, a cidadania deve ser vista também sob o aspecto dos direitos sociais, conhecidos também como direitos de segunda geração, como já falamos, cuja origem remonta à Revolução Industrial e ao desenvolvimento do modo de produção capitalista, fatores esses que culminaram com o aumento da desigualdade social e, conseqüentemente, com a intervenção do Estado, a fim de assegurar a igualdade entre os cidadãos e permitir o exercício da cidadania. É sob esse prisma que passaremos a examinar os direitos sociais. Sobre isso, ensina José Joaquim Gomes Canotilho que:

“Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A questão judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade.”<sup>362</sup>

Mas, pouco importando a concordância com os ensinamentos marxistas, é fato que hoje se sabe que somente com a garantia aos aspectos econômicos, sociais e culturais, permitindo o que chamou de *um fundamento existencial-material*, atingir-se-á a dignidade do ser humano. Pode-se dizer igualmente que “as declarações universais dos direitos tentam hoje uma coexistência integrada dos

direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os Estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual”.<sup>363</sup>

Com efeito, no século passado, consagraram-se definitivamente os direitos sociais, ao lado dos direitos políticos e individuais, no momento em que o Estado chamou para si o dever de atender às necessidades humanas de subsistência<sup>364</sup>. Por conseguinte, dali em diante, cidadania não mais podia se resumir a direitos políticos de participação e direitos individuais a limitar o poder político, porquanto passou a abranger também o direito de exigir do Estado prestações aptas a garantir condições sociais que propiciassem meios materiais e morais de uma existência digna<sup>365</sup>. Destarte, “ser cidadão implica na efetiva atribuição de direitos nas três esferas mencionadas” – política, civil e social – “porque careceria de sentido participar do governo sem condições de fazer valer a própria autonomia, bem como sem dispor de instrumentos asseguradores das prestações devidas, pelo Estado, em nome da

---

<sup>362</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 505.

<sup>363</sup> *Ibidem*, 505.

<sup>364</sup> José Joaquim Calmon de Passos comenta que: “Será um erro pensar-se que essa dimensão do social em termos de prestações devidas aos indivíduos, capaz de lhes assegurar vida humana adequada, é fenômeno apenas identificável na idade contemporânea. Se podem ter faltado, antes, os pressupostos para sua juridicização, sempre existiram com suportes éticos dotados de alto poder de impositividade. A família, o clã, a corporação de ofício disso cuidaram antes, mas sempre o fizeram em nível privado. Quando a economia capitalista retirou das famílias e das corporações a função econômica voltada para atendimento das necessidades humanas de subsistência, deferida às empresas (em função do mercado), tornando-a social sem fazê-la política (não estatal), quando isso ocorreu aqueles que, tradicionalmente, foram os agentes da seguridade social, perderam a capacidade de permanecer atendendo a essa função. E se as empresas – os novos agentes econômicos – não assumiram essa responsabilidade, mais não restava, para impedir a catástrofe, senão assumisse o Estado, progressivamente, o papel de Estado Providência, Estado do Bem-estar Social, intervencionista e paternalista, o que acarretaria, necessariamente, o estreitamento da autonomia privada, conseqüentemente, de uma das dimensões da cidadania.” (Cidadania tutelada, p. 129).

<sup>365</sup> Gilmar Ferreira Mendes ensina: “Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também de liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos Poderes Públicos.” (Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional, p. 335).



igualdade de todos”<sup>366</sup>. Essas prestações devidas pelo Estado não são promessas vazias, como já se mostrou, mas vêm consagradas no próprio Texto Constitucional. Com efeito, o artigo 6º dispõe que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Segundo José Afonso da Silva, é lícito dizer que:

“Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”<sup>367</sup>

A leitura do artigo 6º acima transcrito permite ver a relação íntima que tais direitos têm com o direito à vida (art. 5º, *caput*) e com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), anteriormente comentados. De fato, esvaziar-se-ia substancialmente o direito fundamental à vida se não fossem garantidos a educação, o trabalho, a saúde, a moradia etc., porquanto se trata de elementos absolutamente essenciais àquela. A Lei Maior incumbiu o Estado de efetivar<sup>368</sup> sua responsabilidade de assegurar tais prestações existenciais ao cidadão, mediante amplo acesso, em igualdade de condições (princípio da igualdade, acima comentado), à utilização dos serviços de qualquer instituição pública criada para sua prestação (hospitais públicos, escolas públicas, INSS, espaços culturais públicos

<sup>366</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Cidadania tutelada*, p. 129.

<sup>367</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 277.

<sup>368</sup> O artigo 6º reveste-se de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Nesse sentido, obtempera Alexandre de Moraes: “A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no parágrafo 1º do artigo 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do Poder Público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize o seu exercício.” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 469).

etc.). Isso tudo, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “significa o reconhecimento do princípio da democracia econômica, social e cultural não apenas como princípio objectivo, conformador de medidas estatais, mas também como princípio fundamentador de pretensões subjectivas”.<sup>369</sup>

Nessa perspectiva, o direito a educação, objeto de estudo à parte, se encontra previsto nos artigos 205 a 214 da Constituição. Aqui, cabe dizer apenas que se trata de direito cujo respeito é condição *sine qua non* para o efetivo exercício da cidadania por seu titular. De fato, como diz José Joaquim Calmon de Passos, “forma eficiente de limitar ou excluir a cidadania é manter o governado em um estado de não saber, para fazê-lo um dominado. Destarte, é correto afirmar inexistir cidadania onde inexistente educação. Manter grandes camadas da população sem acesso à educação é dominação; e educá-las inadequadamente, é, por igual, forma indireta, e perversa, de dominar”<sup>370</sup>. No mesmo sentido já ensinava Pontes de Miranda:

“O Estado tardou em reconhecer as vantagens da instrução e educação do povo. Desconheceu, durante séculos e séculos, que somente se pode aumentar o valor do Estado, do país, aumentando-se o valor dos indivíduos. Ainda hoje, há os que, dirigentes de povos, acham prudente a ignorância do povo. Tal como tardaram em descobrir que a escravidão era o trabalho menos econômico e que dos Estados sem liberdades para os seus nacionais os outros Estados são os senhores.”<sup>371</sup>

Afirmou-se acima que os direitos sociais conferem meios para o desfrutar adequadamente dos direitos individuais. O direito à educação é talvez o melhor exemplo da correção dessa afirmação, porquanto apenas o indivíduo que conhece os limites do poder político é que não aceita passivamente que o Estado aja abusivamente, em detrimento das liberdades e garantias individuais consagradas no

<sup>369</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, p. 544.

<sup>370</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Cidadania tutelada*, p. 131.

<sup>371</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 6, p. 318.



Texto Constitucional. Esse é o sentido do artigo 205 da Constituição quando afirma que a educação visa ao “preparo para o exercício da cidadania”.

E, nesse sentido, não deixa de ser uma medida educativa a norma do artigo 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determina à Imprensa Oficial e demais gráficas dos entes federativos, a promover a edição popular do texto integral da Constituição, para distribuição gratuita “(...) de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil”. A cidadania passa pelo conhecimento dos direitos e deveres de cada cidadão, sendo o conhecimento do Texto ponto de partida de um processo de educação cidadã. A cidadania, nesse sentido, torna-se uma muralha de proteção ao ser humano.

A educação, como determina a Constituição, deve preparar a todos para o exercício da cidadania, permitindo que todos tenham consciência dela e a ponham em prática, exigindo direitos e cumprindo deveres. E isso significa respeitar os direitos dos demais indivíduos, cada qual pensando na condição especial do outro, com o ser humano tomado em seu prisma individual e plural, na sociedade ou perante a humanidade. Educar para a cidadania é voltar-se para o ser humano, ou como disse Edgar Morin, “a educação do futuro deverá ser o ensino primeiro e universal centrado na condição humana. (...) Estes devem reconhecer-se em sua humanidade comum e ao mesmo tempo reconhecer a diversidade cultural inerente a tudo que é humano”.<sup>372</sup>

Por seu turno, é de ser anotado que o artigo 3º, ao elencar os objetivos fundamentais da República, impõe ao Estado o dever de “construir uma sociedade justa e solidária” (inc. I), de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. II) e de “promover o bem de todos” (inc. IV). A seguridade social busca implementar esses objetivos da República, por meio da prestação de serviços nas áreas da saúde, da previdência e da assistência social.



Ainda na dimensão social da cidadania, a Carta da República consagra como direito social o trabalho (art. 6º). O artigo 170 da Constituição, por sua vez, assevera que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Além disso, um dos fundamentos da República é a valor social do trabalho, nos termos do artigo 1º, inciso VI da Lei Maior. Por outro lado, a ordem social tem como base o “primado do trabalho”, segundo os termos do artigo 193.

O corte metodológico que fizemos não permite contemplar um estudo mais detalhado do próprio direito social do trabalho, muito embora não se desdenhe de sua relevância. De toda forma, não podemos deixar de mencionar que o artigo 205 da Constituição prevê que a educação deverá preparar o indivíduo para o trabalho.

Parece-nos claro que tamanha é a relevância do trabalho fez se inserir no Texto Constitucional de 1988, extenso rol de direitos relacionados a esse direito social, conforme o disposto no seu artigo 7º. Ao cidadão trabalhador, destarte, prevêm-se, entre outros, o direito ao salário mínimo, nacionalmente unificado, cujo valor seja suficiente para prover as necessidades vitais mínimas; ao seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia por tempo de serviço; irredutibilidade de salário; repouso semanal remunerado; gozo de férias anuais; licença à gestante; licença paternidade etc. A consagração constitucional desses diversos direitos relacionados ao trabalho traduz aspecto positivo no campo da cidadania, porquanto confere aos trabalhadores garantias de diversas naturezas (estabilidade por um determinado período em caso de desemprego; melhor qualidade de vida pela previsão de descansos semanais e das férias etc.) com o fim de que eles logrem cumprir seu papel social, em condições adequadas, devendo a educação para isso encaminhar.

---

<sup>372</sup> MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 3. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2001, p. 47.

Ao lado do direito social ao trabalho, não se pode olvidar do direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previsto no artigo 5º, inciso XIII da Carta Magna. Esse preceptivo confere liberdade de escolha ao indivíduo, de acordo com suas preferências e qualificações próprias, bem como a liberdade de exercer a profissão escolhida, sem constrangimentos por parte do Poder Público.

Esses são, a nosso ver, os principais direitos consagrados na legislação e que se inserem nessa dimensão social da cidadania. Como se pode notar, há diversos pontos de contato entre essa faceta social do termo e as demais acima mencionadas. Da análise do texto constitucional, conclui-se que, ao menos do ponto de vista formal, a Constituição foi generosa com os cidadãos brasileiros. Todavia, a realização prática de todos os aspectos da cidadania destacados demanda mais tempo, recursos econômicos e esforço político. Com efeito, dado o abrangente alcance do vocábulo cidadania, diversas situações reais são abarcadas em seu conceito. Sabe-se amiúde de um sem-número de casos em que os direitos dos cidadãos são vulnerados abertamente, máxime tendo em conta as condições econômicas e sociais do país. A exclusão social de milhares de brasileiros decorrente da miséria, a acarretar óbice quase intransponível ao acesso à educação adequada, ao trabalho e à saúde; a aceitação passiva, mercê do subdesenvolvimento cultural do povo, de atos manifestamente arbitrários realizados pelos governantes; o desrespeito pelo Estado dos direitos humanos; a necessidade de otimização e ampliação dos serviços públicos essenciais, de modo a justificar uma das cargas tributárias mais altas do mundo, e que o brasileiro suporta quase calado, são fatores a demonstrar a relevância do exercício da cidadania, ou seja, da necessidade de os cidadãos buscarem a defesa desses direitos constitucionais.

Pode-se dizer que a despeito das fundamentais conquistas democráticas obtidas com o surgimento da Constituição de 1988, elas ainda dependem para sua plena realização que parcelas inteiras da população possam emergir da linha de

pobreza. No Brasil democrático, cidadãos pobres continuam subsistindo sem acesso satisfatório à saúde, à educação, ao emprego, à assistência social, ao trabalho e à justiça. Por vezes empurrados para a marginalidade, são presos e afastados da possibilidade de ressocialização. É esse o enorme desafio que se apresenta ao Brasil em seu caminho para se tornar uma nação mais digna e civilizada: promover o crescimento econômico, reduzir as desigualdades e permitir que os seus filhos desfrutem dos benefícios do desenvolvimento e dos direitos da cidadania. Esse *iter*, evidentemente, passa pelos direitos sociais, um dos aspectos daquela, e, dentro desse conjunto, sobressai o direito à educação.

O direito à educação está positivado no sistema jurídico pátrio, estando prestigiado pela doutrina, mas, a despeito disso, muito se tem a fazer no sentido da sua concretização. Sobre esse tema, em suas múltiplas faces, trataremos no próximo capítulo.

## 4 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

### 4.1 Educação e Federação

Antes de avançar neste item, convém alertar que a Federação possui estreita ligação com o direito à educação, muito embora possa não parecer. É que a adoção dessa forma de Estado leva a conseqüências importantes como, v.g., a autonomia dos Estados-membros para ditar suas próprias Constituições locais, nas quais o tema *educação* aparece com elevado destaque. Depois, a organização dos sistemas de ensino na Constituição revela que às unidades federadas foi fixada a competência para legislar sobre educação, respeitados certos limites estabelecidos pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, devendo ainda administrá-la, igualmente obedecida a autonomia municipal. A autonomia para elaborar suas Constituições e a repartição de competências aproxima o direito à educação da Federação, razão de decidirmos incursionar pelo tema.

Já afirmamos anteriormente<sup>373</sup> que, pela simples leitura do artigo 1º da Constituição, é possível notar a importância conferida à Federação, ficando mantida uma tradição que vem desde a proclamação da República, quando também assumimos essa forma de Estado.

A Federação, como ensina Michel Temer, “(...) de *foedus*, *foederis*, significa aliança, pacto, união. Pois é da união, da aliança, do pacto entre Estados que ela nasce”<sup>374</sup>. Essa aliança, ao menos na forma como a conhecemos hodiernamente, nos leva, com certeza, ao processo de desenvolvimento ocorrido nos Estados Unidos da América, vez que lá se desenvolveu e se aperfeiçoou, terminando por constituir-se no maior avanço, em termos de teoria do Estado dos últimos tempos.

---

<sup>373</sup> MARTINES JÚNIOR, Eduardo, *O princípio da separação dos poderes e o pacto federativo como fundamento de validade do artigo 49 da Constituição Estadual paulista*, p. 84 e ss.

<sup>374</sup> TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*, p. 57.



No Brasil, o federalismo tomou direção oposta àquela adotada nos Estados Unidos da América, num movimento chamado centrífugo, no dizer de Michel Temer, que ainda ressalta que “a república não era o que mais almejavam alguns teóricos da revolução. A federação, esta sim, era o grande sonho daqueles que, conhecendo o sistema norte-americano, inspiravam-se nele para se insurgirem contra o unitarismo centralizador, fórmula que não atendia às necessidades da grande extensão geográfica brasileira”<sup>375</sup>. De fato, as condições geográficas do Brasil, aí incluídas as dimensões continentais e a dificuldade de penetração na Mata Atlântica, revelaram-se obstáculos às comunicações e transportes entre as regiões e o centro. Nota-se que a Federação brasileira, na gênese, é bastante distinta do modelo dito clássico – o norte-americano. Sabe-se que a instituição dos Estados Unidos da América decorreu da união de treze colônias independentes na sua formação e desenvolvimento, até mesmo no trato das relações internacionais, permanecendo autônomas, uma vez firmada a Federação.<sup>376</sup>

Efetivamente, como já se disse, aqui não havia Estados soberanos que se uniram, mas sim um Estado unitário que foi fragmentado sob o ponto de vista do poder político, carreando aos Estados-membros ou províncias autonomia e um feixe de competências próprias. Sem embargo, os artigos 1º, 2º e 3º do Decreto n. 1 diziam, *in verbis*: “Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira a República Federativa.”

O artigo seguinte dizia que as províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficavam constituindo os Estados Unidos do Brasil, acrescentando o artigo 3º que “cada um desses Estados, no exercício da sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais”.

---

<sup>375</sup> TEMER, Michel. *Territórios Federais na Constituição Brasileira*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1974. p. 3.

Na Federação há a incidência de duas ordens jurídicas distintas sobre o mesmo povo e território, em contraposição ao Estado unitário, no qual uma só ordem jurídica se impõe. Efetivamente, só mesmo a existência de uma Constituição, instrumento formalizador do pacto ao qual aderiram os entes federativos, estabelecendo uma rígida divisão de competências, é que permite a coexistência dessas ordens jurídicas distintas, deitando efeitos sobre o mesmo povo; isso porque cada esfera de governo possuiu um leque de competências – legislativas e materiais<sup>377</sup> – prévia e rigidamente fixadas no texto constitucional, evitando o conflito entre a União, os Estados-membros e os Municípios que, ocorrendo, deve ser dirimido por um órgão judiciário com assento na mesma Constituição (Supremo Tribunal Federal, no nosso caso).

Desse modo, pode-se dizer que tanto a União como os Estados-membros e os Municípios retiram sua competência da própria Constituição e, rigorosamente, dentro daquilo que foi estabelecido, sendo-lhes vedado alterar tais regras, não existindo, portanto, nenhuma hierarquia entre eles. Por isso, é incorreto dizer que a lei federal sobrepõe-se à lei estadual ou à lei municipal. Isso, de fato pode acontecer, mas nem sempre é verdadeiro, dado que a competência estabelecida na Constituição é que determinará qual delas é a válida, ou se duas ou todas o são. Georges Burdeau assevera que a Federação está calcada em dois princípios que chamou de “*la loi de participation*” e “*la loi d’autonomie*”, referindo-se à participação dos Estados-membros na formação da vontade da União e a conservação de uma certa independência dos entes federados na gestão de seus negócios<sup>378</sup>. Muitos autores estudaram a Federação e procuram mostrar características distintas nela encontradas. Quanto a esse estudo, não poderemos nos deter mais nesse particular, assumindo que de maneira geral são: participação das

<sup>376</sup> GARCIA, Maria et al. *As Constituições brasileiras: análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo, Brasiliense, 1993. p. 16.

<sup>377</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 413.

<sup>378</sup> BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 14. ed. LGDJ, 1969. p. 50.



ordens jurídicas parciais na formação da vontade jurídica nacional, um leque de competências rigidamente definidas e a possibilidade de autoconstituição. Bem verdade que essas características aparecem, para cada autor, de forma distinta ou inserida em outra, mas é fato estarem sempre presentes. Esses traços comuns são encontrados nas lições de José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dentre outros<sup>379</sup>. Neste trabalho, interessa-nos sobremaneira a autonomia política, assumida aqui como a capacidade de auto-organização e criação de leis, inclusive de sua própria Constituição<sup>380</sup>, e o chamado leque de competências – legislativas e materiais – tudo com fundamento em regra estabelecida na Carta Maior para os Estados<sup>381</sup> e para os Municípios<sup>382</sup>, fixada de forma rígida, inclusive fazendo parte do cerne imutável estabelecido no artigo 60, relativamente à forma federativa de Estado.

Já afirmamos<sup>383</sup> e é sempre compensador lembrar que a Constituição é a lei fundamental do Estado, o elemento corporificador da vontade política da sociedade. É ela a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, traduzindo-se no Poder Constituinte<sup>384</sup>, que é o “poder de elaborar uma Constituição”<sup>385</sup>. O Poder Constituinte apresenta as características básicas da inicialidade, ilimitação e incondicionamento. É inicial porque funda o Estado; é ilimitado porque antes dele nada existia, sendo poder de fato que não encontra limites jurídicos; e, finalmente, não está sujeito a nenhuma

<sup>379</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, p. 43; CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 98; SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 145; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 47.

<sup>380</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, op. cit., p. 109.

<sup>381</sup> Constituição Federal: “Artigo 25 - Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

<sup>382</sup> Constituição Federal: “Artigo 29 - O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)”

<sup>383</sup> MARTINES JÚNIOR, Eduardo, *Interpretação constitucional: a norma de decisão no caso da fixação do número de cadeiras das câmaras de vereadores*. Monografia (Trabalho de conclusão de crédito em Direito Constitucional II) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

<sup>384</sup> MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 51.

condição preestabelecida, senão aquelas que o próprio poder de fato eventualmente imponha.

Ainda no que diz respeito à forma federativa de Estado, notamos ser ela marcada pela associação de Estados que abrem mão de suas soberanias em favor do ente central, para ficar apenas com a autonomia<sup>386</sup>. Essa característica, a mais relevante em relação a este trabalho, é assumida como a capacidade de auto-organização e criação de leis, inclusive de sua própria Constituição<sup>387</sup>, tudo com fundamento em regra estabelecida na Carta Magna, como já referido. A auto-organização é uma das faces da autonomia dos entes federativos. Essa capacidade leva necessariamente a uma Constituição própria, já que é ela que dá forma e organicidade interna aos entes federativos e seus órgãos públicos. Realmente, é para isso que se propõe inaugurar um corpo, dar-lhe organização, atribuir-lhe formas definidas e prever a elaboração de leis que disciplinarão o cumprimento de seus objetivos.

O artigo 25 determina que os Estados devem organizar-se e reger-se pelas Constituições e leis que adotarem, desde que, por óbvio, observem os princípios da Lei Maior. Além disso, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Política de 1988, dando forma à vontade do legislador, estabeleceu em seu artigo 11, *in verbis*: “Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição, obedecidos aos princípios desta”. Por isso, pode-se dizer que o Poder Constituinte Estadual ou Poder Constituinte Federado, como chamado por Roque Antonio Carrazza, bem assim o poder de editar a Lei Orgânica, decorrem da Constituição, subordinados, portanto, sendo ainda limitados e restritos, ao contrário daquele que lhe deu origem<sup>388</sup>. No mesmo sentido é o ensinamento de Michel Temer, para quem o Poder Constituinte estadual não é emanção direta da soberania

---

<sup>385</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, p. 23.

<sup>386</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Teoria geral do federalismo*, p. 88 e ss.

<sup>387</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 109.



constituente, antes deriva desta porque é competência que o constituinte originário atribuiu a cada uma das unidades federadas, fixando e subordinando-as a parâmetros determinados, obrigando as Constituições estaduais a observarem princípios estabelecidos na Constituição<sup>389</sup>. Portanto, devem as Constituições estaduais obedecer rigidamente aos princípios emanados da Carta Maior<sup>390</sup>, considerando-se estes os definidos de forma geral (v.g. arts. 1º, 5º, 150 etc. da CF), bem assim aqueles expressamente enumerados no artigo 34.<sup>391</sup>

As Constituições estaduais não podem ultrapassar as limitações a ela impostas e, por outro lado, não tem um rígido modelo a ser seguido. Devem, assim, seguir os princípios da Constituição Federal, caminhando por trilha estreita, tendo a autonomia de um lado e os princípios de outro. Para melhor compreensão, deve ser dito que o constituinte estadual tem de elaborar a sua Carta específica, pautado pelo uso da simetria com a Constituição, isto é, usando com plenitude a autonomia do ente federativo, respeitada sua limitação constitucionalmente imposta, tudo alicerçado nos princípios adotados pela Constituição Federal. Com isso, na ação de elaboração da Constituição estadual, estruturam-se os Poderes Públicos, estabelecem-se garantias e o processo legislativo, dentre outras matérias, tudo simetricamente à Constituição Federal, vale dizer: não é cópia, mas também não é texto inédito.

Tecidas essas considerações, temos a possibilidade de avançar no tema central do trabalho – direito à educação – e o tratamento dado pela Constituição paulista, lembrando que a análise poderia envolver a Constituição de qualquer dos

---

<sup>388</sup> Ibidem, p.110.

<sup>389</sup> TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*, p. 90.

<sup>390</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 110.

<sup>391</sup> Constituição Federal: “Artigo 34 - A União não intervirá nos Estados nem do Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da Administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações públicas de saúde.”

Estados da Federação, ou ainda todos eles, mas por absoluta exigüidade de espaço, limitar-nos-emos a uma única. Alertamos que, pela mesma razão, tal verificação se dará de maneira superficial e enfocando aquilo que é mais relevante, e ainda, num passo seguinte deste trabalho, no qual estudaremos os artigos 237 a 258 da Constituição Estadual paulista.

Dissemos que, dentre as características da Federação, está a posse de um mínimo de competências fixadas rigidamente na Constituição. Também já falamos noutro texto<sup>392</sup> que a repartição de competências entre os diferentes níveis de governo é um dos elementos da autonomia dos entes federativos; não há Federação se seus integrantes não possuírem um razoável feixe de competências. É a repartição dessas, constitucionalmente fixadas, distribuindo os poderes de legislar e executar tarefas pertinentes ao Estado, que produz uma das características da Federação<sup>393</sup>. Com efeito, a autonomia dos entes federativos se mostra pela capacidade de inovar o ordenamento jurídico, pela edição de leis ou atos normativos, permitindo com isso regularem seus próprios assuntos. É que, tecnicamente, o federalismo é uma divisão constitucional de poderes entre dois ou mais componentes dessa figura complexa que decorre da existência de um Estado, que produz a distribuição das tarefas políticas e administrativas<sup>394</sup>. Competência, segundo José Afonso da Silva, é “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”.<sup>395</sup>

Tratando-se do Brasil, historicamente foi a predominância do interesse que determinou a repartição de competências<sup>396</sup>, tendo o Texto de 1988 mantido a regra,

<sup>392</sup> MARTINES JÚNIOR, Eduardo, *O princípio da separação dos poderes e o pacto federativo como fundamento de validade do artigo 49 da Constituição estadual paulista*, p. 132 e ss.

<sup>393</sup> TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*, p. 61.

<sup>394</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Teoria geral do federalismo*, p. 54.

<sup>395</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 455.

<sup>396</sup> TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito constitucional estadual*. Rio de Janeiro: Forense 1980. p. 79.



atribuindo à União competências para matérias e questões de “predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional (...)”<sup>397</sup>. Adotou a Lei Maior a técnica da enumeração das competências da União<sup>398</sup>, ficando o remanescente para os Estados-membros. De modo geral, a Constituição trata das competências nos artigos 21 a 25 e 30, definindo ainda as competências para legislar em matéria tributária nos artigos 153, 154, 155 e 156, além do 195.<sup>399</sup>

Pode-se dizer então que a repartição de competências adotada pela Magna Carta de 1988 é complexa e buscou equilibrar a Federação<sup>400</sup>, conquanto, historicamente, a maior gama delas tenha sido atribuída à União, em detrimento dos Estados<sup>401</sup>. A exata compreensão da repartição passa pela classificação das competências, porque as agrupando, em razão de sua natureza ou vinculação com uma das pessoas políticas, torna-se mais visível o conjunto.

Muitos autores dedicaram-se à tarefa de classificar as competências. Podemos citar Oswaldo Trigueiro<sup>402</sup> ou Celso Ribeiro Bastos, que trata as competências como legislativas e não legislativas e, em seguida, fala em competências exclusivas, privativas, concorrentes e suplementares<sup>403</sup>. Também Michel Temer<sup>404</sup> as classifica pela titularidade, sendo as da União expressas e enumeradas, enquanto as relativas aos Estados, residuais ou remanescentes. Trata ainda da competência autorizada (art. 22, parágrafo único da CF), competência

<sup>397</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 454.

<sup>398</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 454.

<sup>399</sup> Sobre competência em matéria tributária, ver: CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 327 e ss.; COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988. 2. ed. Belo Horizonte, 1993. p. 237 e ss.

<sup>400</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 455.

<sup>401</sup> Ibidem, p. 453.

<sup>402</sup> TRIGUEIRO, Oswaldo, *Direito constitucional estadual*, p. 79 e ss.

<sup>403</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, p. 261.

<sup>404</sup> TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*, p. 65.



comum e concorrente. Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>405</sup> faz um detalhado histórico do assunto nas Constituições brasileiras, afirmando que o legislador constituinte sempre adotou o critério de repartição horizontal e vertical, com a União ficando com as competências enumeradas e os Estados com as remanescentes, incluindo as competências concorrentes, a partir da Constituição de 1934.

Não obstante esses estudos, acreditamos que a mais didática classificação é a de José Afonso da Silva<sup>406</sup>. Partindo do conceito de competências como sendo as diversas modalidades de poder utilizadas pelos órgãos ou entidades estatais na consecução de seus objetivos, entende o autor ser permitido falar em espécies de competências, dado ser possível agrupá-las em classes, por sua natureza, a vinculação cumulativa com mais de um ente federativo, ou seu vínculo com a função governamental. Primeiramente, as classifica em competência material e competência legislativa. As primeiras dizem respeito às atividades administrativas do Estado, ligadas que são à tarefa constitucional do Poder Executivo, é dizer, aplicando as leis ditadas pelo Legislativo, em qualquer das esferas políticas. Para exemplificar, é competência material da União declarar a guerra e celebrar a paz, conforme o artigo 21, inciso II da Constituição, ainda que dependente da autorização ou *referendum* do Congresso Nacional, ditado pelos incisos XIX e XX do artigo 84 da mesma Carta Política. Não há no ato de declaração de guerra atividade legislativa propriamente dita, ou o exercício soberano de criação de normas. Em realidade, apenas a materialização de ato de administração da República, assim como o de emitir moeda ou administrar as reservas cambiais do país (incs. VII e VIII do art. 21 da CF). Mas não é só a União que detém competência material. Os Estados, Distrito Federal e Municípios também a possuem. Eles devem proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, e proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à

---

<sup>405</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: atlas, 1981. p. 79-83.

ciência, a teor do artigo 23, incisos III e V da Constituição. Pode-se ainda trazer como exemplo de competência material dos Estados o parágrafo 2º do artigo 25 da Constituição, atribuindo a eles a exploração, direta ou por concessão, dos serviços locais de gás canalizado.

Aos Municípios, por seu turno, é atribuída a tarefa de manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.<sup>407</sup>

Assim, possível afirmar que a competência material é a relativa à administração, à realização de tarefas governamentais, por qualquer das pessoas políticas, a saber União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, de forma exclusiva ou concorrente.

Por outro lado, a competência legislativa diz respeito ao poder de criação de leis, de inovação do mundo jurídico pelo parto de novo diploma normativo. Assim é que à União é reservada a competência legislativa para matérias relativas a direito, civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; ou sobre a organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como sua organização; ou ainda, sobre as diretrizes e bases da educação nacional<sup>408</sup>. Os Estados possuem competência legislativa no que toca à instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, conforme dispõe o parágrafo 3º do artigo 25 da Carta Política. Aos Municípios, por sua vez, cabe legislar sobre assuntos de interesse local.<sup>409</sup>

Sob o prisma da vinculação da competência a um ou mais entes federados, a competência material pode ainda ser: exclusiva ou comum, definindo-se a

---

<sup>406</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 455.

<sup>407</sup> Artigo 30, inciso VI da Constituição Federal.

<sup>408</sup> Artigo 22, incisos I, XVII e XXIV da Constituição Federal.



primeira como aquela que só um ente a detém, por força de mandamento constitucional. Fácil dizer que a competência material determinada no artigo 21, inciso VII é exclusivamente da União, pois só ela pode emitir moeda, não se admitindo que essa tarefa seja usurpada ou mesmo delegada a qualquer outro componente da Federação.

A competência material comum é aquela partilhada com os demais entes federativos, devendo todos observar o comando constitucional. Assim é a definida no artigo 23 e seus incisos, dado que tanto a União, como Estados, Distrito Federal e Municípios devem zelar pela guarda da Carta Política; ou proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência. De notar-se que a atuação de um dos entes não exclui ou impede a atuação do outro.

Relativamente à competência legislativa, o autor tratou de subdividi-la em exclusiva, privativa, concorrente e suplementar. A competência legislativa exclusiva, segundo sua lição, é aquela atribuída pela Constituição a apenas um ente, sem nenhuma possibilidade de delegação ou complementaridade. É o caso do artigo 153 da Constituição, que trata da competência legislativa da União para instituir determinados impostos, não existindo nenhuma possibilidade de Estados ou Municípios tratarem da matéria. Assim também os artigos 155 e 156 da Carta Maior. Continuando, as competências legislativas podem ser privativas, sendo aquelas cometidas para uma das pessoas políticas da Federação, mas com possibilidade, constitucionalmente prevista, de delegação ou complementaridade. No artigo 22 da Constituição, encontramos regra, segundo a qual cabe à União legislar privativamente sobre, *v.g.*, direito processual (inc. I), com regra de delegação disposta no seu parágrafo único, *in verbis*: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”. Assim, cabe à União legislar privativamente, mas poderão os Estados legislar sobre as matérias ali dispostas, ainda que em questões específicas. Daí diferenciar-se da

---

<sup>409</sup> Artigo 30, inciso I da Constituição Federal.

competência legislativa exclusiva, que não admite, em qualquer hipótese, a delegação ou complementaridade.

A Constituição fixou um número de matérias em que, desde logo, tanto a União, como os Estados e o Distrito Federal podem legislar, constituindo-se então na competência legislativa concorrente, disposta no artigo 24 da Constituição. Essas pessoas políticas podem então legislar sobre direito tributário, financeiro, educação, cultura, ensino e desporto, dentre outros. Embora possam legislar concorrentemente, nos parágrafos do citado artigo 24 estão regras de ajuste, determinando que a competência da União se limitará a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência total dos Estados para atender a suas peculiaridades, caso aquela não legisle na forma determinada. Finalmente, diz a Constituição que a superveniência da lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, naquilo que lhe for contrário.

Deve ser mencionada ainda, conforme ensina José Afonso da Silva, a existência da competência legislativa suplementar, conferida aos Estados e aos Municípios. No dizer do constitucionalista, “é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º a 4º)”<sup>410</sup>. Também é exemplo da competência legislativa suplementar o artigo 30, inciso II da Constituição, *in verbis*: “Compete aos Municípios: suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.”

As lições de José Afonso da Silva sobre competências vão além disso, mas com relação ao tema principal aqui tratado, basta a classificação segundo os critérios da sua natureza (material e legislativa), bem como sua extensão (exclusiva, privativa, comum, concorrente ou suplementar). Possível dizer então que a União possui competência privativa para legislar sobre as diretrizes e bases da educação



nacional, nos termos do inciso XXIV do artigo 22 da Carta. Por outro lado, compete aos Estados e ao Distrito Federal e à própria União legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto, ficando a última restrita às normas gerais. No caso, foi editada a Lei federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, denominada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Um estudo mais aprofundado dessa lei (e outras ligadas ao tema) mostra inconstitucionalidades no que tange à competência para legislar, pois a Carta Política concede à União a competência para legislar sobre normas gerais, não podendo ela avançar sobre campo reservado aos Estados e ao Distrito Federal. A título de exemplo, podemos citar a Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997<sup>411</sup>, que, a pretexto de *regulamentar* o parágrafo único do artigo 49 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, acabou por invadir seara alheia de competência legislativa, resultando, de resto, em infeliz afronta ao pacto federativo.

O estudo pormenorizado da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional merece e exige trabalho específico, ao qual não nos propusemos nesta oportunidade, pelas mesmas razões já referidas em relação a outros temas pertinentes e importantes, mas o corte epistemológico deve ser realizado, sob pena de nos afastarmos do objetivo deste trabalho. Pretende-se apenas mostrar que é a Constituição quem determina qual das pessoas políticas fará o quê, não podendo uma invadir a seara da outra, aí incluindo as normas fixadas na Constituição Estadual.

---

<sup>410</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 457.

<sup>411</sup> “Artigo 1º - A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do artigo 49 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta. Parágrafo único - A regra do *caput* não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança. Artigo 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”



## 4.2 Divisão constitucional do sistema educacional brasileiro

De acordo com o disposto no Artigo 211 da Carta Política, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. Segundo o parágrafo 1º, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 14, de 13 de junho de 1996, cabe à União organizar o sistema federal de ensino e dos Territórios, atuando ainda na função redistributiva e supletiva, de modo a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade no ensino, mediante assistência técnica aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Nos termos do parágrafo 2º, com a redação dada pela mesma emenda referida, os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, não sendo proibidos de atuar em outros níveis, desde que tenham suprido a necessidade de oferta de vagas no primeiro, que é prioritário. Por outro lado, os Estados e Distrito Federal atuarão no ensino fundamental e médio, prioritariamente, como diz o novel parágrafo 3º, acrescentado pela já falada emenda. Interessante que essas disposições levam à conclusão de que à União cabe a tarefa de atuar prioritariamente no ensino superior, uma vez que às demais pessoas políticas coube a atuação nos demais níveis. Dessa forma, forçoso dizer que a União não tem se desincumbido a contento desse mister, ao menos no que diz respeito ao Estado de São Paulo, pois neste espaço só contamos com as Universidades Federais de São Paulo (UNIFESP) e a de São Carlos (UFSCAR), ambas com campus avançados em outras cidades do Estado.<sup>412</sup>

---

<sup>412</sup> Não deixamos de atentar para a *instituição* da Fundação Universidade Federal do ABC (UFABC), pela Lei n. 11.145, de 26.7.2005. Reconhecido o benefício da medida, ressaltamos todavia, que entendemos inconstitucional a lei em razão do disposto no inciso XIX do artigo 37 da Constituição, com a redação dada pela EC n. 19, de 4.6.1998, *in verbis*: somente por lei específica poderá ser criada autarquia e *autorizada a instituição* de empresa pública, de sociedade de economia mista e de *fundação*, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. (grifamos) Não há notícia da edição da lei complementar exigida pela Constituição, pensamos que, a rigor, possível dizer que não há autorização nem mesmo para edição de lei ordinária autorizadora da instituição de fundação, porquanto não é possível dizer, *a priori*, que a área educacional será contemplada na definição das áreas mencionadas no inciso

É patente que as três pessoas políticas, incluindo o Distrito Federal, deverão organizar seus sistemas de ensino, como manda a Constituição. Note-se que a Carta não faz nenhuma discriminação entre ensino fundamental, médio e superior, exceto o já mencionado acima. Todavia, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, ao definir a composição dos sistemas de ensino (art. 17), coloca no estadual e no Distrito Federal, as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal, ficando o sistema municipal (art. 18) com as instituições de ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público municipal, além das instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada. Parece-nos haver desrespeito aos princípios do Texto Maior.

A essa divisão sistemática vertical do ensino, agrega-se uma outra divisão, denominada de divisão sistemática horizontal, com possibilidade de existência na União, Estados, Distrito Federal e Municípios, considerando o disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Trata-se do ensino fundamental e médio, já referidos expressamente na Constituição, e o ensino superior, mencionado no Texto como “níveis mais elevados do ensino” (art. 208, inc. V). Engana-se aquele que pensa ser simples tal divisão, como veremos a seguir.

A Constituição faz expressa menção aos níveis fundamental e médio de ensino, referindo-se no inciso V do artigo 208 “aos níveis mais elevados do ensino”. Dessa maneira, se extrai uma tríplice divisão do ensino, que não foi abraçada pelo legislador infraconstitucional, pois embora a Carta Política fale claramente<sup>413</sup> em três níveis, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no artigo 21, dispõe que a educação escolar compõe-se de educação básica – formada pela educação

---

XIX do artigo 37 da Constituição. Além disso, na letra da Constituição, a lei ordinária deve autorizar a instituição e não instituir a fundação.

<sup>413</sup> “Artigo 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;”



infantil, ensino fundamental e ensino médio – e educação superior. A nosso ver, a fórmula adotada não traz prejuízo, conquanto se reconheça que não é a referida na Constituição.

De toda forma, a educação básica está disciplinada nos artigos 22 a 42 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e, de forma geral, tem por finalidade desenvolver o educando, assegurando-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania, além de lhe dar meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores, conforme o artigo 22 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. A educação infantil, por seu turno, destina-se às crianças de até seis anos, visando o desenvolvimento da criança quanto aos aspectos físico, psicológico, intelectual e social, em complementação à ação familiar e da sociedade. Pode ser oferecida em creches e em pré-escolas, sem objetivo de promoção ou acesso ao ensino fundamental. É, portanto, facultativa.

No que toca ao ensino fundamental, dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que terá duração mínima de nove anos e será obrigatório e gratuito na escola pública, facultado o desdobramento em ciclos, tendo por objetivo geral a formação básica do cidadão<sup>414</sup>, desenvolvendo a capacidade de aprender (ter o domínio pleno, pelo menos da leitura, da escrita e do cálculo); a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores fundamentais da sociedade; o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, com aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; o fortalecimento dos vínculos de família, solidariedade humana e tolerância recíproca. O ensino será ministrado em português, exceto para as comunidades indígenas, e será presencial, podendo ser utilizado o ensino a distância como exceção, para complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais. O ensino

---

<sup>414</sup> É interessante notar que o legislador utilizou o termo “cidadão”, que tem um significado específico. Para a doutrina constitucional, cidadão é o nacional no gozo de seus direitos políticos. No caso, tratando-se de ensino fundamental, para crianças portanto, como regra, melhor seria usar ser humano ou o termo igualmente técnico: indivíduo.



religioso será opcional, ao contrário da educação física, que é obrigatória no turno diurno e facultativa nos cursos noturnos<sup>415</sup>. Por enquanto, se prevê apenas jornada de quatro horas diárias, mas a lei direciona para o tempo integral, alcançado de forma progressiva, processo já iniciado no Estado de São Paulo.

O ensino médio é a etapa final da educação básica, tendo duração mínima de três anos (art. 35 da LDB). Visa a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, permitindo o prosseguimento nos estudos; preparação para o exercício da cidadania e para o trabalho, de modo que o educando seja capaz de adaptar-se com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; compreensão dos fundamentos científico-tecnológico dos processos produtivos, relacionando teoria com a prática. Como diretriz, a lei determina que o currículo do ensino médio observará o seguinte: destaque para a educação tecnológica básica, a compreensão do significado da ciência, das letras e das artes; o processo histórico de transformação da sociedade e da cultura; a língua portuguesa como instrumento de comunicação e acesso ao conhecimento e exercício da cidadania. Deve adotar metodologias de ensino e de avaliação que estimulem a iniciativa dos estudantes e incluir o estudo de pelo menos uma língua estrangeira moderna, inclusive o espanhol (Lei n. 11.161, de 5 de agosto de 2005).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional trata ainda da educação de jovens e adultos e da educação profissional. Em relação à primeira, diz que se destina àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria, devendo ser oferecida oportunidade para conclusão, mediante exames gratuitos, respeitadas as idades mínimas fixadas, bem como devem ser mantidos cursos e exames supletivos. Quanto à educação profissional, pode-se dizer que deve conduzir ao permanente desenvolvimento de

---

<sup>415</sup> Artigo 26, parágrafo 3º da Lei n. 9.394/96, com a redação dada pela Lei n. 10.328/2001.



aptidões para a vida produtiva. A educação profissional poderá ser de nível médio e os diplomas terão validade nacional, quando registrados. Por fim, as escolas técnicas e profissionais oferecerão cursos especiais, distintos portanto de seus cursos regulares, abertos à comunidade, descolados do nível de escolaridade, ou seja, sem o requisito da conclusão deste ou daquele nível de ensino, seja fundamental, médio ou superior.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dispõe nos artigos 43 a 57 sobre a educação superior, além da autonomia universitária. Segundo a letra da lei, a educação superior tem por finalidade estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo, formar pessoas aptas a inserirem-se nos diversos setores profissionais e na sociedade, colaborando continuamente para seu progresso; incentivar a pesquisa e a investigação científica; promover a divulgação do conhecimento cultural, científico e técnico; suscitar o permanente desejo de aperfeiçoamento cultural e profissional; estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, inclusive os nacionais e regionais; e finalmente, promover a extensão, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica.

A autorização e o reconhecimento de cursos, bem assim o credenciamento de instituições de ensino superior (IES) terão prazos limitados e renovados periodicamente, após processos regulares de avaliação, sem prejuízo da autonomia universitária, que permite a criação, organização e extinção de cursos em sua sede, desde que obedecidos os demais requisitos, podendo ainda fixar currículos, número de vagas, elaboração e reforma de estatutos e regimentos, bem assim conferir graus, diplomas e outros títulos. Os diplomas, quando registrados, possuem validade nacional.

No ensino superior, há uma subdivisão definida no artigo 44 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, composta de:

1.  *cursos sequenciais* por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos fixados pelas instituições de ensino. Atualmente, os cursos sequenciais são regidos pelas Portarias MEC n. 612, de 12 de abril de 1999, e 514, de 22 de março de 2001, além do Parecer n. 968/98, de 17 de dezembro de 1998, da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação e, finalmente, pela Resolução CES/CNE n. 1, de 27 de janeiro de 1999. Tais cursos, segundo o próprio Ministério da Educação, devem ser considerados como mais uma modalidade, uma opção para aqueles alunos que concluíram o ensino médio e não pretendem ingressar num curso de graduação, mas, mesmo assim, querem ampliar seus conhecimentos, podendo inclusive ser freqüentados antes, depois ou paralelamente a um curso de graduação qualquer. Não se confundem, todavia, com os cursos de graduação ou mesmo de pós-graduação, nem com os chamados cursos de extensão universitária. Na realidade, são uma alternativa para aqueles que não precisam da graduação completa. A diferença básica é que os sequenciais são oferecidos por “campo do saber”, enquanto os cursos de graduação regulares ligam-se à área de conhecimento e suas habilitações. Não existe possibilidade, por exemplo, de curso sequencial em Direito, mas é possível um em determinado campo do saber inserido naquele, v.g., Direito Imobiliário para corretores.

2.  *cursos de graduação*, abertos aos que concluíram o ensino médio, sendo a freqüência de alunos e professores obrigatória, salvo em relação ao ensino a distância, contendo o período letivo um total de 200 dias de trabalho acadêmico, em igualdade de condições entre os oferecidos nos turnos diurno e noturno.

3.  *cursos de extensão*, abertos aos candidatos que atendam aos requisitos fixados pelas próprias instituições de ensino, conforme o inciso IV do artigo 44 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

4. *curtos de pós-graduação*, compreendendo: a) os programas de mestrado e doutorado, chamados *stricto sensu*; e b) a especialização e aperfeiçoamento, denominados *lato sensu*, todos abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino. Tais cursos são regidos atualmente pelas Resoluções CNE/CES ns. 1 e 2, ambas de 3 de abril de 2001. Também importante nessa matéria o teor do Parecer PJR/JT n. 13, de 10 de março de 1999, que trata da validade nacional de título de pós-graduação obtido no país, anteriormente à vigência do artigo 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20.12.1996), fundamento legal do reconhecimento.<sup>416</sup>

Todavia, mais importante para nossos estudos é o Parecer C.E.Su n. 977/65, aprovado em 3 de dezembro de 1965<sup>417</sup>, quando a Câmara era composta por renomados educadores, a saber: A. Almeida Júnior, presidente; Newton Sucupira, relator; Clóvis Salgado, José Barreto Filho, Maurício Rocha e Silva, Durmeval Trigueiro, Alceu Amoroso Lima, Anísio Teixeira, Valnir Chagas e Rubens Maciel. No parecer, o relator Newton Sucupira dissecou a pós-graduação, desde suas origens históricas, até a posição na Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961, antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Pela excelência do parecer, não ousamos sequer tentar resumi-lo, ficando melhor a leitura direta daquela lição, cuja transcrição literal está no Anexo 1.

## 4.2 Educação na Constituição Estadual paulista

<sup>416</sup> O parecer ficou assim ementado: “A validade nacional de título de mestrado ou doutorado realizado no país requer o credenciamento do curso, o qual implica na obtenção de satisfatório resultado na avaliação da CAPES, e o registro do diploma em universidade. Esta a exegese do artigo 48 da LDB, Lei n. 9.394, de 20.12.1996, para a matéria antes regulada pelos artigos 24 e 27, da Lei n. 5.540, de 28.11.1968, quando se admitia o registro de diploma apenas pelas universidades públicas.” [www.mec.gov.br](http://www.mec.gov.br).

<sup>417</sup> A íntegra do Parecer C.E.Su n. 977/65 encontra-se no Anexo 1.

Finalizando, trataremos da educação como colocada pela Constituição estadual paulista, anotando-se que o faremos apenas como referência, dado que esse não é o objeto do trabalho. Com efeito, o artigo 237 da Constituição Paulista repete, de maneira geral, os princípios estabelecidos na Carta Política. Disciplina como se organizarão os sistemas de ensino, impondo aos Municípios a responsabilidade prioritária pelo ensino fundamental. Institui o Conselho Estadual de Educação (art. 242), atribuindo-lhe a tarefa de normatizar e deliberar sobre o sistema de ensino estadual, além de exercer funções de consultoria.

Estabelece a Carta paulista, no artigo 249, que o ensino fundamental durará oito anos e é obrigatório para as crianças, a partir dos sete anos, permitida a matrícula a partir dos seis anos, caso tenha sido totalmente suprida a demanda das demais crianças. Dispõe sobre o ensino médio público e gratuito, inclusive para jovens e adultos que, na época própria, não tiveram acesso, tomando providências para sua universalização.

Trata ainda da autonomia universitária, prevendo que lei disporá sobre a participação da sociedade na avaliação da gestão dos recursos públicos empregados nas universidades.

Estabelece também um mínimo de 30% da receita resultante de impostos, incluindo recursos provenientes de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino público, obrigando a aplicação de parcela desses recursos em programas de aperfeiçoamento e atualização de educadores em exercício no ensino público.

No Título VIII – Disposições Constitucionais Gerais, a Constituição estabeleceu a obrigação do Estado de criar crédito educativo, por meio de suas entidades financeiras, para favorecer estudantes de baixa renda, na forma da lei (art. 289). A Carta impõe a obrigação do Poder Público envidar esforços para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental, com qualidade satisfatória.



Por fim, determina o artigo 52 da Constituição paulista que o Poder Público deverá implantar o ensino superior público e gratuito nas regiões de maior densidade populacional, no prazo de três anos, estendendo as unidades das universidades públicas estaduais e diversificando os cursos, de acordo com as necessidades sócio-econômicas dessas regiões, podendo, para tanto, criar universidades estaduais, garantido o padrão de qualidade.

## 5 MINISTÉRIO PÚBLICO E EDUCAÇÃO

### 5.1 Ministério Público e suas funções

Com o advento da Constituição de 1988, muito se passou a estudar sobre o Ministério Público, instituição que experimentou um crescimento considerável e ganhou um desenho constitucional bastante distinto dos verificados nas ordens constitucionais anteriores, sobretudo na de 1967. Acreditamos que esse avanço tem sido o motivo determinante para que os doutrinadores se ocupem do estudo do *novo* Ministério Público. Não se olvida que a atuação ministerial pós-1988 também tem levado a Instituição a ficar sob o foco das atenções, máxime naquelas áreas sensíveis da estrutura social posta e consolidada, poucas vezes questionada anteriormente. Mas nem sempre foi assim, sobretudo nos períodos mais escuros da história brasileira. O estudo dos antecedentes históricos do Ministério Público revela uma forte relação entre o perfil da instituição e a democracia reinante ou não, conforme o caso, verificando-se que quanto mais democrática a Constituição, mais importância se deu ao *Parquet*.

No Brasil, quer no Império quer na República, historicamente o Ministério Público cumpriu um papel ligado à seara criminal, exercendo a função de acusador oficial, embora não tenha sido o exclusivo titular da ação penal senão a partir de 5 de outubro de 1988. Com efeito, pode-se dizer que essa é, de fato, a função primeira do *Parquet*, tanto por suas origens históricas, como pelo estudo das atribuições constitucionais e legais cometidas à Instituição, sempre sobressaindo a função na Justiça Criminal. Isso, todavia, não implica negar a existência de funções outras, tanto previstas nas Constituições como na lei, sobretudo no Código Civil de 1916 e nos sucessivos Códigos de Processo Civil. Essas funções, de natureza nitidamente civil, foram exercidas de modo mais ou menos discretas dentro do processo, raras vezes obrigando o membro do *Parquet* a investigar, exceto para produzir provas



num ou noutro caso, no interesse de menores ou de uma fundação, ou ainda numa falência. De toda forma, a atuação do Ministério Público sempre foi muito restrita na área cível.

A defesa de direitos fundamentais do ser humano pelo Ministério Público, conquanto faça parte das atribuições há muito tempo, pode-se dizer que se limitava ao direito de liberdade, fiscalizando a regularidade das prisões e o efetivo cumprimento das penas. A defesa de outros direitos fundamentais não era facilmente verificável, ficando o povo sujeito apenas à atuação de outros órgãos do Poder Público, aí incluídos o Executivo e Legislativo basicamente, pois o ingresso em juízo para a defesa de direitos sempre foi feito de maneira individualizada ou, quando muito, em litisconsórcio. É inegável, contudo, que a sociedade não dispunha de órgão que assumisse as funções de seu defensor e muito menos de instrumentos processuais e extraprocessuais pertinentes. Assim sendo, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais individuais e sociais encontravam consideráveis obstáculos, dado que nem sempre é de interesse dos detentores do poder tomar uma ou outra atitude, muito mais ainda quando isso significa atuar contra o próprio Estado. As medidas judiciais, quando possíveis, trazem as dificuldades inerentes à própria lógica da sistemática processual e seus dogmas, além dos custos nem sempre passíveis de serem suportados pelos menos favorecidos.

Por outro lado, historicamente, o desenvolvimento econômico e social trouxe custos, cujo pagamento sempre foi feito pela própria sociedade, sobretudo os mais fracos, ou a camada indefesa da população, em relação aos poderosos. Desde a Revolução Industrial que o poder econômico relega a plano inferior a proteção de direitos da sociedade como um todo, hoje felizmente elevados à categoria constitucional, como educação, proteção aos trabalhadores, saúde, previdência social, consumidor, meio ambiente etc., não antes de árduas batalhas jurídicas e políticas, direitos cuja construção se fez ao longo do tempo, e não sem sacrifícios.

E se temos um avanço na conquista dos direitos fundamentais individuais e sociais, verificava-se um descompasso com a luta pelo respeito aos mesmos na esfera judicial, muitas vezes a única forma de fazer valer aquilo que a Constituição ou a legislação ordinária apenas tratou de materializar, dado que a conquista sempre será do próprio povo. Com efeito, ao longo da história dos povos, há incontáveis exemplos de desrespeito puro e simples daquilo que, se por mais não fosse, eram e são direitos positivados. Trata-se de direitos de todos, quer individualmente considerados como membros da sociedade, quer como direito desta, coletivamente tomado. As dificuldades sempre existiram e se agravavam, na proporção em que havia interesse de poderosos de um lado, e direitos de pessoas ou comunidades mais fracas de outro. Entendemos que esses conflitos, no mais das vezes resolvido a favor dos detentores do poder, é que fizeram nascer uma instituição com a função precípua de falar pela sociedade, não só em relação à seara criminal, mas também em defesa de toda a gama de direitos fundamentais, individual ou coletivamente tomados, levando o Ministério Público a ser hoje se não o único, ao menos aquele cuja tarefa constitucional é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de que fala o artigo 127 da Constituição.

Necessário dizer, todavia, que o escopo do trabalho não é estudar o Ministério Público tão-somente, caso em que necessitaríamos de maior aprofundamento doutrinário. O sentido de trazermos as raízes históricas, a evolução, o gizamento constitucional e as funções ministeriais é o de mostrar como o advogado da sociedade pode e deve agir na proteção e efetivação da cidadania, pela via do direito social a educação. Portanto, nos limitaremos a trazer o suficiente para a compreensão da temática tratada, sem que isso possa significar superficialidade, mas consequência do corte epistemológico destacado.

Além disso, justifica-se a adoção da linha apresentada por aquela disposta na Constituição, antecedida das raízes históricas do Ministério Público. Assim

resolvemos tendo em conta a facilidade de compreensão, aliada ao inegável encadeamento lógico encontrado no capítulo próprio da Lei Maior dedicado aos lineamentos da Instituição, aí incluídas disposições conceituais, estruturais e funcionais. Ao final, pretendemos ter mostrado o crescimento e transformação do Ministério Público no decorrer do tempo e de regimes pouco mais ou pouco menos democráticos, desaguando no atual *Parquet*, reconhecidamente distinto daquele existente outrora, assumindo funções antes sequer imaginadas, permitindo afirmar-se que hodiernamente a sociedade tem um advogado munido de garantias e instrumentos eficazes para a defesa de seus direitos.

Bem verdade que é relativamente nova a evolução experimentada, não estando sedimentadas as bases jurídicas necessárias ao bom desempenho das funções ministeriais. Aqui e acolá vozes se levantam contra a atuação do Ministério Público num ou noutro caso, em relação à legitimidade para atuar em defesa de certos interesses sociais ou individuais indisponíveis, mas que vem encontrando ajustamento promovido pela própria Instituição, pelo Judiciário ou ainda pelo Legislativo. O papel dos doutrinadores se sobressai nesse contexto, impondo a realização de estudos que contribuam com o balizamento da atuação do *Parquet*, particularmente na defesa dos interesses sociais. A busca da cidadania pela educação não prescinde do labor do Ministério Público, como de resto de nenhum órgão estatal.

A origem do Ministério Público é tema que enseja recorrentes debates doutrinários, sem que exista segura posição. Com efeito, alguns apontam como raízes históricas da instituição certos cargos públicos existentes em sociedades remotas (Roma, Egito etc.), cujas funções se assemelhavam, ao menos em parte, com as atualmente exercidas pela instituição; outros, por sua vez, buscam as origens institucionais em órgãos estatais mais recentes. Vejamos.

Diz-se que, há cerca de quatro mil anos, no Egito, um funcionário real denominado *magiaí* seria um precursor dos membros do Ministério Público, dadas as funções que exercia. Consoante o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli:

“Segundo textos descobertos em escavações, tal funcionário era a língua e os olhos do rei; castigava rebeldes, reprimia os violentos, protegia os cidadãos pacíficos; acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; era marido da viúva e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso; tomava parte das instruções para descobrir a verdade.”<sup>418</sup>

Na realidade, as semelhanças das funções com o modelo atual estão na proteção dos mais fracos e necessitados, nada mais guardando lembrança.

Em Roma, a doutrina cita diversos servidores estatais cujas funções eram algo parecidas e poderiam se adequar às atualmente exercidas pelo Ministério Público. Apontam-nos, então, como raízes remotas da instituição, conquanto não haja, entre os doutrinadores, uma enumeração uniforme de tais agentes estatais. Dentre essas lições sobressai a de Carlos Alberto de Salles, segundo a qual, por volta de 435 a.C. os chamados *censores* desempenhavam funções hoje impensáveis, pois a eles era cometida a tarefa de examinar a vida das pessoas e descobrir aquilo de repreensível. Ao lado desses atuavam os *questores*, esses detentores de elevado *status*, tratando-se mesmo de altos funcionários imperiais, cujas funções eram de recebimento de multas e guarda do tesouro, além de apurar os crimes de homicídio<sup>419</sup>. Por fim, “(...) o *defensor civitatis*, escolhido entre os notáveis da vila, tinha por função básica o respeito à ordem pública, cabendo-lhe defender as classes inferiores de eventuais abusos dos funcionários imperiais e dos agentes municipais

<sup>418</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 42. No mesmo sentido: LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 17.

<sup>419</sup> Não deixa de ser interessante que o inciso XVIII do artigo 37 da Constituição Federal traga regra relativa aos servidores públicos fiscais, de certa forma evidenciando-lhes em relação à Administração pública geral, tal como se fazia na Roma Antiga. Diz a norma: “a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;”



(...)”<sup>420</sup>, esses sim mais identificados com o atual *Parquet*. Prosseguindo no curso da história, ainda segundo Hugo Nigro Mazzilli:

“Na Idade Média também se procura encontrar algum traço histórico da instituição nos *saions* germânicos, ou nos *bailios* e *senescais*, encarregados de defender os senhores feudais em juízo, ou nos *missi dominici*, ou nos *gastaldi* do direito longobardo, ou ainda no *Gemeiner Anklager* da Alemanha (literalmente ‘comum acusador’), encarregado de exercer a acusação, quando o particular permanecia inerte.”<sup>421</sup>

A análise desses supostos precursores do atual Ministério Público revela, como se disse, certa semelhança entre as funções exercidas por essas figuras de outrora com as atuais funções institucionais. Porém, não se pode estabelecer uma filiação histórica da instituição com tais agentes públicos. O perfil institucional contemporâneo do Ministério Público surgiu em momento histórico posterior, conforme se buscará esclarecer adiante. De toda forma, importante ressaltar que o Estado ou a sociedade, e particularmente os mais fracos, sempre tiveram servidores ou órgãos incumbidos de sua proteção.

Acredita-se que, na sua feição mais moderna, o Ministério Público, em verdade, teve berço na França, no início do século XIV, filiando-nos ao ensinamento de José Frederico Marques, para quem:

“(...) os antecessores dos atuais promotores de justiça são os advogados e procuradores do rei (*les gens du roi*) que, antes do século XVI, eram apenas os representantes dos interesses privados do monarca perante os tribunais. O papel desses advogados e procuradores do rei foi gradativamente ampliando-se, *pari passu* com o fortalecimento dos poderes dinásticos; e tornaram-se eles, assim, ‘agentes do Poder Público junto aos tribunais’. Foi a *ordonnance* de 5 de março de 1303 que, pela primeira vez, fez menção em diploma legislativo, a *les gens du roi*.”<sup>422</sup>

<sup>420</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coords.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 15.

<sup>421</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 43.

<sup>422</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 48.



De procuradores que defendiam os interesses do monarca, evoluíram aqueles servidores da França para comissários do rei, cujo encargo era de velar pela correta aplicação da lei e pela execução dos julgados, e para acusadores públicos, encarregados de sustentar a acusação perante os tribunais, podendo-se dizer que se inicia aí o distanciamento da atuação na defesa do soberano.

Abandonou-se, portanto, a tutela dos interesses meramente individuais do soberano para que os *comissários do rei* e os *acusadores públicos* pudessem exercer ofício de relevo efetivamente social. De fato, passaram a velar pela esmerada aplicação da lei e, por conseguinte, pelo efetivo cumprimento das decisões judiciais. O fato de lhes ser atribuído o exercício desse mister representou – inegavelmente – uma evolução grandiosa, ocorrida nos verdes anos da instituição, ainda que de forma incipiente. Esse passo, todavia, foi decisivo para a evolução e atual perfil institucional do Ministério Público, desaguando na atual liberdade e independência de atuação que indelevelmente marcam o *Parquet*.

Essa evolução conduz à observação de que o Ministério Público mais se aperfeiçoou na medida que o Estado de Direito evoluiu. Assim, possível dizer que os traços marcantes da atual feição institucional do Ministério Público foram-lhe conferidos pelo ideal democrático consagrado na Revolução Francesa<sup>423</sup>, berço do Estado de Direito. A respeito disso, ensina Paulo Salvador Frontini que o ofício ministerial não tem mais de dois séculos, implicando dizer que não há ainda uma tradição sedimentada da Instituição. Continua para dizer que o *Parquet* possui evidente filiação com o Estado de Direito decorrente do vitorioso ideal iluminista

---

<sup>423</sup> Nesse sentido: “Com a projeção individualista da Revolução Francesa, consolidaram-se aquelas conquistas, que, assim, caminharam para o pacífico destino de princípios fundamentais e distinguiram o Ministério Público como força social.” (LYRA, Roberto, *Teoria e prática da promotoria pública*, p. 20); “Instituição cujas origens alguns vão buscar no direito romano, nos *procuratores Caesaris*; ao passo que outros a fazem remontar à Itália: seja em Veneza – com os *avogadori di comum*; seja em Florença – com os *conservadores de la ley*; seja em Nápoles – com o *abogado de la Gran Corte*; enquanto muitos, com maior fundamento, vêm suas bases em tempos mais próximos, ao se instaurar o Estado Constitucional e na aplicação do princípio da



aflorado na Revolução Francesa. Como é sabido, continua, o Estado de até então era totalitário e arbitrário, passando a submeter-se ao império da lei e, sobretudo, à Constituição. Diz que nesse momento histórico os cidadãos, não mais suportando a prepotência do Estado absolutista, no qual os súditos tinham de submeter-se aos caprichos no monarca (*L'Etat c'est moi*), deram início à implementação do princípio da separação dos poderes, sob a inspiração da célebre fórmula da Montesquieu. Continua o autor: “Instituíam-se o sistema de freios e contrapesos: quem legisla, não administra, nem julga; quem administra, não legisla, nem julga; quem julga, não administra nem legisla; e como quem julga manifesta-se por último, não pode julgar de ofício; há que ser provocado pelo interessado”. Paulo Salvador Frontini mostra que o Ministério Público, tal como o conhecemos hoje nasceu aí:

“Aqui estão as raízes do Ministério Público! O Ministério Público é filho da democracia clássica e do Estado de Direito! Vê-se por aí, quão grandes são as afinidades do Ministério Público com expressivas figuras do Estado de Direito: as garantias individuais; a proteção jurisdicional dos direitos do cidadão; a instrução contraditória e a plenitude de defesa, dentre outros.”<sup>424</sup>

Dessa intensa influência da doutrina francesa na origem do Ministério Público é que adveio o termo *parquet* (assoalho), até hoje bastante utilizado entre nós para designar a Instituição. É que os membros do Ministério Público, antes de terem assento ao lado dos magistrados, tinham-no sobre o assoalho da sala de audiências, daí a utilização da expressão<sup>425</sup>. Releva notar que a origem moderna do

---

distinção dos poderes, invocando a Assembléia Constituinte francesa de 1790.” (NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 323).

<sup>424</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. Ministério Público, Estado e Constituição: pela explicitação constitucional das atribuições próprias do Ministério Público. *Justitia* n. 60 (número especial), 1999. p. 625. Originalmente publicado em: *Justitia*, v. 90, ano 37, p. 247-256, jul./set. 1975.

<sup>425</sup> Na lição de Hugo Nigro Mazzilli: “A menção a *parquet* (assoalho), muito usada com referência ao Ministério Público, provém dessa tradição francesa, assim como as expressões *magistrature débout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei). Com efeito, os procuradores do rei (daí *les gens du roi*), antes de adquirirem a condição de magistrados e terem assento ao lado dos juízes, tiveram inicialmente assento sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiências, em vez de terem assento sobre o estrado, lado a lado à *magistrature assise* (magistratura sentada). Conservaram, entretanto, a denominação de *parquet* ou de *magistrature débout*.” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 45).



Ministério Público está na luta pelos direitos fundamentais, o Estado de Direito e a própria Constituição.

Apontadas, ainda que de forma breve, as principais raízes históricas do Ministério Público mencionadas pela doutrina, cumpre trazer algumas considerações acerca da evolução institucional no Brasil. Evidentemente, os traços primeiros do Ministério Público pátrio advieram do direito lusitano, que vigeu no território pátrio na época em que o Brasil era colônia de Portugal.

Nesse período, a começar pelas Ordenações Manuelinas de 1521, que em seu Livro I, em dois títulos, traziam os primeiros contornos do Ministério Público, a saber: o Título XI versava sobre o “Procurador dos Nossos Feitos”, enquanto o Título XII tratava do “Promotor da Justiça da Casa da Sopricação”.

Hugo Nigro Mazzilli observou ser realmente interessante o uso do termo *promotor da Justiça* nas Ordenações Manuelinas, afirmando que essa grafia liga-se sob o aspecto etimológico ao verbo *prometer* ou *promittere*. Continua ele ensinando que tal vocábulo está em aparente contradição com o atualmente usado – *promover* – sublinhando, todavia, que “(...) a contradição é superficial, pois não se pode olvidar que, em latim, *promittere* também significou pôr adiante, fazer ir avante, ou seja, o mesmo sentido de *promovere*. A nosso ver, portanto, *promotor de Justiça* não está na Ordenança como quem promete Justiça, e sim como quem está encarregado de proceder à sua aplicação”<sup>426</sup>. À parte disso, parece-nos claro que as funções desempenhadas por esse servidor eram, de fato, umbilicalmente ligadas à figura do governante, e não da própria sociedade, no que consentâneo com os modelos existentes na época.

Por seu turno, as Ordenações Filipinas de 1603, também em seu Livro I, trazia títulos próprios cuidando do “Procurador dos Feitos da Coroa” (XII), do

---

<sup>426</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 48.

“Procurador dos Feitos da Fazenda” (XIII), do “Promotor da Justiça da Casa da Supplicação” (XV) e do “Promotor da Justiça da Casa do Porto” (XLIII). O Ministério Público brasileiro tem suas raízes históricas nesses diplomas legislativos lusitanos, de cujas regras desenvolveu-se a Instituição, até a sua feição atual, traçada na Constituição de 1988.

Especificamente na legislação nacional, “com a criação do Tribunal da Relação da Bahia em 1609, foi pela primeira vez em território brasileiro criada a figura do promotor de justiça, o qual, junto com o procurador dos feitos da Coroa e da Fazenda, integrava o Tribunal, composto por 10 desembargadores”. Continua Carlos Alberto de Salles, ressaltando porém que não havia um efetivo tratamento sistemático à instituição Ministério Público, acrescentando que isso ocorreu apenas no Código de Processo Penal do Império, de 29 de novembro de 1932. Segue ele dizendo: “A função de Promotor Público, regulamentada naquele diploma processual, não era privativa de bacharéis em direito. (...) A escolha do Promotor Público, conforme se designava na época, era feita a partir de proposta tríplice elaborada pelas Câmaras Municipais, cabendo a nomeação na Corte ao Governo Imperial, para mandato de três anos, e ao Presidente, nas Províncias”<sup>427</sup>. Nota-se que essa forma de escolha do Promotor Público muito se assemelha ao formato constitucional atual, quer para os Procuradores-Gerais de Justiça, quer para o Procurador-Geral da República, pois apenas a escolha está gizada aos integrantes da carreira, além de ser o Chefe do Executivo o titular da escolha. De toda forma, nota-se certa semelhança quanto ao equilíbrio dos Poderes em relação à escolha. Também pode ser dito que, em relação ao sistema previsto no Código de Processo Penal do Império, há certa semelhança com o sistema utilizado em alguns Estados-membros dos Estados Unidos da América, que prevê escolha política do Chefe do Ministério Público ou órgão correlato.

---

<sup>427</sup> SALLES, Carlos Alberto de, Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público, p. 21.

A Constituição do Império de 25 de março de 1824, em seu artigo 48, dispunha que: “No Juízo dos crimes, cuja accusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional.” Assim, excetuadas as hipóteses em que a iniciativa da accusação cabia à Câmara dos Deputados, atribuía-se ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional a accusação em juízo de crimes. Cuida-se da função institucional de promover a ação penal (art. 129, inciso I da CF), constante do texto constitucional desde a primeira Lei Maior brasileira. A despeito dessa referência ao *Procurador da Coroa e Soberania*, o texto da primeira Constituição do país não mencionou o Ministério Público como instituição. Aliás, no mesmo passo do texto constitucional, o Código de Processo Criminal do Império de 1832 continha uma seção reservada aos promotores, com os primeiros requisitos para sua nomeação e o elenco de suas principais atribuições (arts. 36 a 38), mas também não cuidou da Instituição.

Evoluindo, no entanto, a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal do Império, passou a exigir a qualidade de *bacharel idôneo* como requisito para a nomeação dos promotores públicos. Como traz Roberto Lyra, o texto da lei dispunha: “Artigo 22 - Os promotores públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos juizes de direito.”<sup>428</sup>

Não obstante o avanço representado pela referência legal, o fato é que a legislação brasileira ainda não mencionava o Ministério Público como instituição. Referia-se, esparsamente, apenas aos promotores públicos. Nesse sentido leciona Hugo Nigro Mazzilli, para dizer que a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, regulamentada pelo Decreto n. 120, de 21 de janeiro de 1843, determinava que “os promotores serão nomeados pelo Imperador no Município da Corte, e pelos Presidentes nas Províncias, por tempo indefinido; e servirão enquanto convier a sua

conservação ao serviço público, sendo, caso contrário, indistintamente demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes de Províncias nas mesmas Províncias”<sup>429</sup>. Mas a legislação não parou de ignorar o Ministério Público como instituição, podendo ser citado como exemplo a Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto n. 4.824, de 22 de novembro do mesmo ano, pois segundo o autor, “nela só se falava nos seus agentes, os promotores públicos, que deveriam existir um em cada comarca, sempre, porém, de livre nomeação e demissíveis *ad nutum*”<sup>430</sup>.

Diante dessas circunstâncias, portanto, os membros do Ministério Público continuavam sob o jugo dos representantes do Poder Executivo. De fato, a inexistência de garantias institucionais, que importava na possibilidade de demissão *ad nutum* do promotor, tanto pelo Imperador quanto pelos presidentes das Províncias, tolhendo-lhes o alcance da atuação funcional. Possível supor que existisse alguma situação em que eles não contrariariam os interesses daqueles que detinham o poder de demiti-los.

Pouco antes do surgimento da primeira Constituição republicana do Brasil, os Decretos ns. 848, de 11 de outubro de 1890, e 1.030, de 14 de novembro de 1890, que dispuseram sobre a Lei Orgânica da Justiça Federal, foram os primeiros diplomas legislativos a tratarem do Ministério Público como instituição, razão pela qual reputamos esses documentos como verdadeiros marcos na história institucional. Hugo Nigro Mazzilli ensina que, com o proclamar da República, Campos Salles, então Ministro da Justiça do Governo Provisório, fez consignar na exposição de motivos da norma: “O Ministério Público é instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, à qual compete: velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser

---

<sup>428</sup> LYRA, Roberto, *Teoria e prática da promotoria pública*, p. 22.

<sup>429</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, 5.ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 56.

<sup>430</sup> Ibidem, mesma página.



aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier”<sup>431</sup>. O primeiro dos decretos mencionados, segundo Carlos Alberto de Salles, deu continuidade à sistemática anterior, segundo a qual o membro do Ministério Público, ao menos na primeira instância – o Procurador da República – era indicado pelo Chefe do Executivo:

“Estabeleceu-se que o Procurador da República (art. 23) seria nomeado pelo Presidente da República por quatro anos, garantindo-se, entretanto, que não seria removido, salvo a pedido. Entre as funções atribuídas ao Procurador da República, incluiu-se a de ‘cumprir as ordens do Governo da República relativas ao exercício de suas funções’, bem como a de ‘promover o bem dos direitos e interesses da União’ (art. 24, alínea ‘c’).”<sup>432</sup>

Consoante os termos do segundo dos decretos referidos, e que cuidava da organização da Justiça do Distrito Federal, segundo Roberto Lyra, o Ministério Público funcionava perante as justiças constituídas como o “advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais, o promotor da ação pública contra todas as violações do direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asilados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres da humanidade”<sup>433</sup>. De notar-se que esses diplomas já conformavam um Ministério Público voltado à defesa da lei e dos necessitados, além, é claro, da promoção da ação penal. Como já dissemos, a despeito do teor dos mencionados decretos vivificadores da República que se instalava, e apesar da Constituição Republicana de 1891 não ter se referido ao Ministério Público como instituição, é lícito afirmar que foi sob a égide do regime republicano que o Ministério Público desenvolveu-se mais intensamente, até chegar aos seus contornos institucionais atuais.

De toda forma, o Texto Constitucional de 1891 foi o primeiro a referir-se ao Procurador-Geral da República, que era escolhido pelo Presidente da República,

<sup>431</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, Ministério Público e a defesa do regime democrático, p. 88.

<sup>432</sup> SALLES, Carlos Alberto de, Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público, p. 25.

dentre os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 58)<sup>434</sup>. É que a República, a par da consagração constitucional da teoria da tripartição dos poderes (art. 15 da Constituição de 1891<sup>435</sup>), trouxe certos limites ao Executivo, de sorte a possibilitar o desenvolvimento dos demais poderes e, também, do Ministério Público<sup>436</sup>. O poder incontrastável do monarca obstava a regular evolução das demais instituições do Estado, situação que mudou a partir da Lei Maior de 1891, ainda que gradativamente.

Com efeito, foi no período republicano que se conceberam o Código Civil de 1916, o Código de Processo Civil de 1939, o Código Penal de 1940, o Código de Processo Penal de 1941 e, mais recentemente, o Código de Processo Civil de 1973. Todos esses diplomas legislativos trouxeram importantes regras acerca das atribuições institucionais do Ministério Público.

Já em 1916, o Código Civil, exemplificativamente, trouxe como atribuição do Ministério Público a curadoria das fundações (art. 26), a legitimidade para propositura de demanda postulando a nulidade do casamento (art. 208, parágrafo único, inc. II), a defesa dos interesses dos menores (art. 394, *caput*), a legitimidade para a propositura de demanda de intervenção (art. 447, inc. III) etc., todas funções de natureza cível, revelando a vocação da Instituição para atuação extracriminal. Na mesma trilha:

---

<sup>433</sup> LYRA, Roberto, *Teoria e prática da promotoria pública*, p. 23.

<sup>434</sup> “Artigo 58 - Os tribunais federais elegerão de seu seio os seus presidentes e organizarão as respectivas Secretarias. § 1º - A nomeação e a demissão dos empregados da secretaria bem como o provimento dos Ofícios de Justiça nas circunscrições judiciárias, competem respectivamente aos presidentes dos tribunais. § 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.”

<sup>435</sup> “Artigo 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”

<sup>436</sup> Segundo Hugo Nigro Mazzilli: “O Ministério Público brasileiro, como instituição, só nasceu na República, pois no Brasil-Império e no Brasil-Colônia os procuradores do rei eram meros representantes dos interesses da Coroa.” (Ministério Público e a defesa do regime democrático, p. 88).





“O Código de Processo Civil de 1939, não obstante a Constituição de 1937 tenha representado um retrocesso em termos de disciplina institucional, estabeleceu a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público em diversas situações, disciplinou custas e emolumentos a ele relativos, estabeleceu prazos e possibilidade de recurso. Embora não o tenha regulamentado de maneira sistemática, o diploma de 1939 definiu marcante presença da atuação do Ministério Público em nossa sistemática processual civil (...). Somente com o Código de Processo Civil de 1973 é que o Ministério Público passou a ter um tratamento sistemático, no Título III do Livro I, além de inúmeras referências, fixando as atribuições do *Parquet* no processo civil.”<sup>437</sup>

Em continuidade, a Constituição de 1934 foi a primeira a cuidar expressamente do Ministério Público como instituição. De fato, reservou uma seção do Capítulo IV, que tratava dos “órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, à Instituição, cujos traços foram delineados nos artigos 95 a 98 da Lei Maior<sup>438</sup>. De ser destacado que pela primeira vez consagrou-se no Texto Constitucional (art. 95, § 3º) a necessidade de concurso público para a seleção dos membros da Instituição. Obviamente que não só por isso, mas certamente que o tratamento institucional mais profundo levou ao aperfeiçoamento do Ministério Público, acumulando funções em maior número e grau de complexidade, caminhando muita vez para ser o escudo dos necessitados.

<sup>437</sup> SALLES, Carlos Alberto de, Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público, p. 26.

<sup>438</sup> “Artigo 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais. § 1º - O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*. § 2º - Os Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores. § 3º - Os membros do Ministério Público Federal que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa. Artigo 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do artigo 91, n. IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato. Artigo 97 - Os Chefes do Ministério Público na União e nos Estados não podem exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição. A violação deste preceito importa a perda do cargo. Artigo 98 - O Ministério



“Daí para diante, não há negar o aperfeiçoamento do Ministério Público, acentuando-se, sobretudo, com a exigência do concurso. E assim era mister. Necessária se fazia rigorosa seleção de seus membros, dada a importância das funções. No Ministério Público, qualquer cargo é de sacrifício e lutas. Onde se apresente o promotor de justiça – denominação que hoje abrange a de curador – haverá sempre um combate, para que triunfe a justiça e impere a lei. Quando outros se entibiam e vacilam, arroja-se e porfia o promotor; não arrefece seu ímpeto o retraimento de alguns, não o atemoriza o poder dos fortes, porque ele se bate por um ideal superior e, nesse terreno, só ouve os ditames da consciência e só se inspira no cumprimento do dever.”<sup>439</sup>

A despeito da menção expressa merecida pelo Ministério Público na Lei Maior de 1934, a *Carta Polaca* revelou um retrocesso, ao não mencionar a Instituição em suas normas<sup>440</sup>. Todavia:

“Embora a Constituição de 1937 tenha deixado de fazer menção expressa ao Ministério Público, trazendo apenas referência quanto à escolha e demissão do Procurador-Geral da República, o Código de Processo Civil de 1939 traz pelo menos 60 dispositivos pertinentes à intervenção ministerial, a demonstrar a desimportância do recuo no texto da Constituição, não significativo de um decréscimo das conquistas obtidas na prática judiciária.”<sup>441</sup>

É que o movimento de aperfeiçoamento e engrandecimento do Ministério Público já estava lançado, sendo difícil até mesmo para a ditadura Vargas frear seu crescimento. Não se pode deixar de notar que, nos regimes de força, a Instituição acaba por sentir as tentativas de amesquinamento.

Mesmo assim, com o Código de Processo Penal de 1941, pôde o Ministério Público requisitar a instauração do inquérito policial e diligências, poderes referidos tanto no inciso II do artigo 5º, quanto no artigo 16, combinado com o artigo 47, representando, também aqui, importante passo no crescimento institucional. Como diz Hugo Nigro Mazzilli: “Passou a ser regra sua titularidade na promoção da ação

---

Público, nas Justiças Militar e Eleitoral, será organizado por leis especiais, e só terá na segunda, as incompatibilidades que estas prescrevem.”

<sup>439</sup> NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: introdução e parte geral*, v. 1, p. 324.

<sup>440</sup> Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 57.

<sup>441</sup> SALLES, Carlos Alberto de, *Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público*, p. 27.



penal, embora ainda fosse admitido o teratológico procedimento penal *ex officio*, que a jurisprudência só entendeu efetivamente abolido com a Constituição de 1988. O estatuto processual também lhe atribuiu a tarefa de promover e fiscalizar a execução da lei”<sup>442</sup>. Esses poderes legais conquistados não estavam suficientemente expressos na versão nacional do Código Rocco, pois as referências ao Ministério Público eram diminutas e pouco profundas, a exemplo do já mencionado retro e os artigos 257 e 258, que esgotam o disciplinamento legal conferido à Instituição. Essa base é deveras importante, se considerada a matéria tratada – processo penal – no qual o *Parquet* tem relevante atuação, talvez a mais importante delas até hoje, mas certamente não mais a única em relevância. Isso afirmamos porque a evolução institucional é ainda mais marcante, se considerada essa base de comparação, saindo de uma tímida atuação no processo penal para o estágio atual, como definido na Constituição, e que adiante será delineada.

Para reafirmar que na democracia cresce o Ministério Público, a Constituição de 1946, discutida e promulgada no período posterior ao fim da 2ª Guerra Mundial, voltou a dar destaque ao *Parquet*, reservando-lhe os artigos 125 a 128. A Constituição comete ao legislador ordinário a tarefa de organizar o Ministério Público da União, o Militar, o Eleitoral, o do Trabalho e os dos Estados (art. 125). Trouxe regras a respeito da escolha do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal (art. 126), cujos membros, contudo, representavam a União em juízo (art. 126, parágrafo único). O ingresso na carreira, conforme imposição do artigo 127, dependia de concurso público, e a regra de promoção encontrava-se no artigo 128 da Carta.

Rompida a ordem jurídica com o golpe militar de 1964, o Congresso Nacional foi transformado, por ato institucional, em assembléia constituinte. Promulgou-se, no início de 1967, a Constituição, cujos artigos 94 a 96, inseridos em uma das seções do capítulo referente ao Poder Executivo, trataram do Ministério Público. Mantiveram-se, contudo, as regras fundamentais consagradas na legislação

---

<sup>442</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 57.

anterior, sem disciplinar o regime jurídico da Instituição. De outro lado, mantinha uma excrescência consubstanciada na representação judicial da União pelos Membros do Ministério Público da União e, nos Estados, pelos Promotores de Justiça, em equivocada duplicidade de funções incompatíveis. Algum tempo depois, o Ministério Público experimentou extraordinário desenvolvimento institucional, com o advento da Lei Complementar federal n. 40/81, inclusive proibindo o exercício da advocacia, exceto quanto à representação da União. Cuida-se da primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em cujo texto se previam as principais atribuições ministeriais, suas garantias e vedações, dando a feição que ora se observa, inclusive ensejando a constitucionalização do regime jurídico, por tudo paralelo ao da magistratura, consolidado com as alterações levadas a efeito pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que estendeu ao Ministério Público o chamado estatuto da magistratura (art. 93 da CF), por força do parágrafo 4º do artigo 129, com a nova redação.

Voltando a historiar a evolução institucional, pode-se afirmar que nenhuma norma conferiu maior desenvolvimento ao Ministério Público que a Lei n. 7.347, 24 de julho de 1985. Com efeito, essa lei inaugurou, por assim dizer, uma nova forma de atuação ministerial, conferindo ao *Parquet* a presidência do inquérito civil e a legitimidade para a propositura de ações para a proteção de interesses difusos e coletivos (inicialmente o meio ambiente, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Esse diploma legislativo reveste-se de extraordinária relevância na evolução do Ministério Público em sua atuação funcional, dados os importantes instrumentos (inquérito civil e ação civil pública) colocados à disposição da Instituição para a atuação na defesa da cidadania de uma forma geral, protegendo os interesses difusos e coletivos. Como se verá, dessa lei nasceu uma nova forma de atuação do Ministério Público, agora não mais restrita à área criminal e umas poucas intervenções no processo civil.

É dessa nova face do Ministério Público que redundou no significativo crescimento na Constituição democrática de 1988, acrescida da legislação posterior. Efetivamente, a Constituição acarretou vultoso crescimento institucional do Ministério Público, não apenas mercê da amplitude das funções, poderes e garantias que conferiu aos seus membros, mas, sobretudo, pelo tratamento sistematizado que dispensou à instituição.<sup>443</sup>

Nesse sentido, avançou a Constituição de 1988, por exemplo, ao definir expressamente as funções institucionais do Ministério Público, porquanto se percebia uma absoluta

“(...) ausência, em todos os textos constitucionais anteriores a 1988, de uma definição constitucional clara da natureza e das funções do Ministério Público. Vale dizer que, de maneira mais ou menos precisa, as diversas Constituições estabeleceram como era, mas não disciplinaram o que era e para que era o Ministério Público. Faltou sempre estabelecer quais eram as características fundamentais da instituição, dando-lhe uma definição precisa e determinando suas atribuições próprias.”<sup>444</sup>

A Constituição reservou ao Ministério Público a Seção I do Capítulo IV, que trata das Funções Essenciais à Justiça e compreende os artigos 127 a 130, portanto fora dos Capítulos I (Do Poder Legislativo), II (Do Poder Executivo) e III (Do Poder Judiciário). Definiram-se neles os traços elementares da Instituição, que possibilitaram a atuação de seus membros nas mais diversas áreas, sobretudo diante da legislação posterior à Lei Maior da República (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90; Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90; Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92; Lei Orgânica do Ministério

---

<sup>443</sup> “Com a nova Constituição brasileira, promulgada em 1988, fortaleceu-se, por soberana deliberação da Assembléia Nacional Constituinte, a instituição do Ministério Público, por ela própria qualificada como *permanente e essencial* à função jurisdicional do Estado (art. 127). (...) foram plenas de significação as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte de que resultou a promulgação da nova Constituição do Brasil. Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional, atendendo-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade.” (STF – HC n. 67759-2/RJ, DJU, de 1º.7.1993, p. 13.142 – voto proferido pelo Min. Celso de Mello).

Público – Lei n. 8.625/93; Lei de Prevenção e Repressão às Infrações à Ordem Econômica – Lei n. 8.884/94 etc.)<sup>445</sup>. Cabe trazer à colação, neste passo, o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli:

“Em 1988, pela primeira vez entre nós, um texto constitucional disciplinou de forma harmônica e orgânica a instituição e as principais atribuições do Ministério Público nacional. Asseguraram-se as principais regras da autonomia institucional; fixou-se o procedimento de investidura e destituição dos procuradores-gerais; estipularam-se as principais garantias, vedações e atribuições. Na área funcional, também foi notável o crescimento.”<sup>446</sup>

O desenvolvimento institucional trazido com a Constituição de 1988, contudo, por trazer notável independência aos membros do *Parquet* em relação aos governantes, acabou acarretando, como ainda acarreta, atritos entre a Instituição e aqueles que se sentiram incomodados por ela (maus políticos e governantes, criminosos etc.)<sup>447</sup>.

<sup>444</sup> SALLES, Carlos Alberto de, *Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público*, p. 30.

<sup>445</sup> Conforme Carlos Alberto de Salles: “À medida em que o direito deixa de se colocar como simples mediador e protetor de autonomias privadas, para incorporar objetivos sociais muito mais amplos, passando o Estado a desempenhar papel de regulação das atividades econômicas e sociais, as funções do Ministério Público também passam a ser colocadas de maneira diversa. Se sob uma perspectiva tradicional cabia ao Ministério Público suprir vícios e lacunas da autonomia privada, suplementando a falta de iniciativa individual em determinada área de interesses, isso hoje não mais é suficiente. Presentemente, objetivos muito mais amplos são colocados sob sua tutela, cabendo-lhe responder por interesses de muito maior relevância e repercussão na sociedade. Assim, por exemplo, passa a incumbir-lhe objetivos sociais como os de sustentabilidade ambiental, o equilíbrio das relações de consumo, a preservação do mercado como espaço concorrencial, a igualdade de acesso aos recursos disponíveis na sociedade, sem restrições de raça, sexo, origem etc.” (*Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público*, p. 40).

<sup>446</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 134.

<sup>447</sup> Explana Hugo Nigro Mazzilli: “Com efeito, em passado não muito remoto, enquanto os membros do Ministério Público, acomodados no fórum, se limitavam a denunciar pessoas pobres que vinham indiciadas nos inquéritos policiais instaurados pela polícia, ou se limitavam a dar meros pareceres nos processos cíveis que o juiz lhes fazia encaminhar nas poucas causas em que a lei exigia a intervenção ministerial – em regra geral os membros do Ministério Público praticamente não se expunham. Contudo, quando a instituição adquiriu novas garantias e atribuições, principalmente a partir da Lei n. 7.347/85 e da Constituição de 1988, e quando seus membros começaram a instaurar inquéritos civis para investigar diretamente atos de improbidade administrativa e danos ao meio ambiente e ao consumidor, ou a propor ações públicas sem depender das investigações de organismos administrativos controlados pelos governantes – a partir daí nasceu um novo Ministério Público brasileiro, agora efetivamente comprometido com a efetiva defesa da coletividade.” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 58-59).



Não obstante, o Ministério Público vem se solidificando e suas funções tem sido alargadas e as garantias institucionais e de seus membros caminhado para a plena equiparação à magistratura. Exemplo disso é o disposto na Emenda Constitucional n. 45 que, por força da nova redação do artigo 129, particularmente o parágrafo 4º, determinou a aplicação ao Ministério Público do disposto no artigo 93 da Lei Maior, justamente aquele que disciplina o regime jurídico da magistratura, enquanto que, antes da reforma, se aplicavam apenas os incisos II e VI. Deliberadamente estamos repetindo essa disposição, por entendermos de fundamental importância ao desenvolvimento institucional do Ministério Público.

Essas garantias, quer institucionais, quer de seus membros, são importantes para o exercício das funções ministeriais impostas pela Constituição de 1988, cada vez mais exigidas pela sociedade, que cobra uma atuação firme em vários flancos, mas sobretudo no combate à criminalidade, à corrupção, na proteção ao meio ambiente, à infância e juventude, dentre outros. As funções do Ministério Público, como se disse, foram substancialmente aumentadas a partir da Constituição de 1988 e legislação posterior, merecendo estudo mais detalhado, que faremos no tópico a seguir.

A atuação do Ministério Público como fiscal da lei, como advogado da sociedade ou ainda como o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como quer a Constituição de 1988, não poderia ser cometida a quem não tivesse sólida base institucional. Como dissemos, o simples atuar dos membros do Ministério Público acaba por gerar naturais tensões, vez que idealizada a Instituição como independente e submetida apenas ao império da lei e aos ditames da justiça, capaz de enfrentar os poderosos e até mesmo o próprio Estado.

Assim, a Constituição dispõe expressamente em seu artigo 127, parágrafo 1º, que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a

indivisibilidade e a independência funcional. Releva, portanto, trazer algumas considerações acerca de cada um deles.

Menciona em primeiro lugar, o texto constitucional, o princípio da unidade, segundo o qual os membros do Ministério Público integram um só órgão, cuja direção é submetida a chefe único, o Procurador-Geral. Impende não olvidar, todavia, que “só há unidade dentro de cada Ministério Público. Unidade alguma existe entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro. Nem há unidade entre os diversos ramos do Ministério Público da União”<sup>448</sup>. É que, como adiante se verá, a própria Constituição dispõe que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União, integrado pelo Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios, e pelo Ministério Público dos Estados (art. 128).

Vinculado intimamente com o princípio da unidade, o da indivisibilidade significa que os membros da carreira podem substituir-se uns aos outros no curso de processos judiciais ou na direção de investigações em inquéritos civis, porquanto todos pertencem a uma instituição una. Efetivamente, os membros do Ministério Público atuam em nome da instituição, donde a possibilidade de um determinado promotor substituir outro sem ofensa alguma à legislação. Isso não significa que possa haver desrespeito ao princípio do promotor natural, cuja existência no Direito pátrio já foi reconhecida pelo Pretório Excelso.<sup>449</sup>

No regime da administração pública, de forma geral, há previsão do poder hierárquico exercido pelos chefes sobre os demais agentes públicos, a quem

---

<sup>448</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 156; Edgard Magalhães Noronha, no mesmo sentido: “Falando no princípio da *devolução*, incidentemente tocamos na *unidade e indivisibilidade* do Ministério Público. É ele *uno e indivisível*. Significa isso que todos os promotores distribuídos pelas diversas comarcas integram um órgão só, sob direção única. É a sua unidade. É indivisível porque seus membros podem ser substituídos por outros, entendido isto, naturalmente, dada nossa organização, relativamente ao Ministério Público de cada Estado da União.” (*Direito penal*: introdução e parte geral, v. 1, p. 326).



incumbe o dever de obedecer as ordens emanadas da autoridade superior. A Constituição, contudo, reservou ao Ministério Público um regime diverso, porquanto garantiu aos seus membros a independência funcional, de modo a preservar hierarquia apenas no âmbito administrativo.

Afastou-se, em primeiro plano, qualquer controle hierárquico externo sobre a Instituição, ou seja, os Poderes da República não exercem a chefia do Ministério Público e nem o influenciam. Como visto, o restabelecimento do regime democrático no país e a desvinculação do Ministério Público do Poder Executivo afastou o excessivo controle que este exercia no atuar ministerial. Nesse sentido, não é demais lembrar que, até o regime da Constituição de 1967, o Procurador Geral da República era nomeado livremente pelo Presidente da República, exigindo-se apenas idade superior a trinta e cinco anos, o notável saber jurídico, a reputação ilibada e ser cidadão, sendo portanto demissível *ad nutum*, nos termos do artigo 95 daquela Carta, disposição mantida intacta pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

Atualmente, não se admite qualquer ingerência do Poder Executivo na administração e no funcionamento do Ministério Público. E assim é natural, porquanto a conservação no cargo de promotor de justiça e a independência no exercer a função, não podem ficar sujeitas às alterações constantes de governos e muito menos a seus interesses.

Ademais, consoante precisa lição citada por Roberto Lyra:

“Emydio da Silva, no seu trabalho *Investigação criminal*, escreveu: ‘coloque-se o Ministério Público na dependência absoluta do governo; tirem-se-lhes todas as garantias de independência e ponderação – e (ai de nós) a perseguição nascida de ódios políticos encontra nele um instrumento dócil e obediente, e, dentro do Palácio da Justiça, forçando as suas portas, nós veremos, na cadeira honrosa do representante da

---

<sup>449</sup> STF – HC n. 67.759-2/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, *DJU*, de 1º.7.1993, p. 13.142.



sociedade, o braço vingativo da animosidade partidária guiando o gesto da acusação. Que poderia ser o Ministério Público dependente do Governo? O arbítrio imperando na justiça. A perseguição movida conforme as paixões políticas. A segurança ameaçada. A liberdade oprimida.”<sup>450</sup>

Em vista disso, a cisão entre o Poder Executivo e o Ministério Público, no atual sistema constitucional, se encontra consagrada, chegando a ponto da própria Constituição considerar crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, consoante o disposto no artigo 85, inciso II. Sob outro aspecto, há outrossim limitações quanto à hierarquia *interna corporis*. O princípio da independência funcional garante aos membros do Ministério Público a liberdade de atuação funcional conforme as próprias convicções, livre de imposições do chefe da instituição de defender esta ou aquela tese jurídica. Com efeito, justamente em razão do membro do Ministério Público gozar da independência funcional, é ele livre para expressar seu convencimento sobre fatos e o alcance que lhes dá a lei, ficando adstrito à indicação dos fundamentos de direito que adotar, no dizer de José Jesus Cazetta Júnior, que assim continua: “Por essa razão, o princípio hierárquico não incide, diretamente sobre a atividade intelectual, nem sobre o respectivo produto (v.g., o parecer, a denúncia, a petição inicial, o pedido, o recurso) – ou, pelo menos, sobre o cerne inviolável desse juízo técnico, relativo à compreensão do fato ou do Direito.”<sup>451</sup>

Ainda sobre esse tema, esclarecedoras são as palavras de Hugo Nigro Mazzilli, segundo as quais os membros do Ministério Público, sejam promotores ou procuradores de justiça, e certamente os procuradores da República, bem como os seus órgãos – individuais ou colegiados – quando exercitando a atividade-fim da Instituição:

<sup>450</sup> LYRA, Roberto, *Teoria e prática da promotoria pública*, p. 110.

<sup>451</sup> CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional. In: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Orgs.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 41.

“(...) só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da Administração, no que diga respeito ao que devam ou não fazer. Estamos a referir-nos aqui à plena liberdade no exercício da atividade-fim (se, p. ex., é caso de dar ou não denúncia, se é caso de pedir condenação ou absolvição, ou de recorrer ou não): nesse ponto, é irrestrita a liberdade funcional. Entretanto, na atividade-meio, devem os membros do Ministério Público seguir os avisos, instruções e regulamentos das autoridades administrativas competentes da própria instituição (se, p. ex., é caso de comunicarem o ajuizamento de alguns tipos de ações ou se devem fazer relatórios do movimento de processos ou do atendimento ao público pela Promotoria.”<sup>452</sup>

Em contrapartida dessa independência na atuação do membro do Ministério Público no exercício da atividade-fim, a Constituição exige que as manifestações processuais ofertadas sejam fundamentadas<sup>453</sup>. É que o princípio da independência funcional não oferece guarida ao velado descumprimento de suas funções por parte do promotor de justiça. Não pode ele negar-se a atuar em casos que a lei determina a intervenção ministerial, cabendo ressaltar que nem mesmo a própria lei poderá cometer funções ao Ministério Público, se não respeitarem os nortes determinados na Constituição. Seria inconstitucional, por exemplo, se lei determinasse ao Ministério Público a função de defender um órgão público, ou que lhe obrigasse a funcionar como consultor jurídico. Evidentemente que, nessas hipóteses, o membro do Ministério Público não só pode como deve deixar de intervir.

Outro aspecto deveras importante e relativamente pouco estudado é o limite da independência funcional, é dizer, até que ponto pode o membro do Ministério Público tomar decisões livremente, eventualmente contrárias ao pensamento ou diretrizes fixadas pela própria Instituição. Esse tema é pouco explorado na doutrina, verificando-se uma – diríamos – exacerbada defesa da absoluta independência do promotor ou do procurador, sem se dar conta de outros aspectos tão ou mais importantes que a total liberdade de atuar.

<sup>452</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 276.

<sup>453</sup> “Artigo 129 - São funções institucionais do Ministério Público: (...) VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.”

Com efeito, a feição constitucional do órgão impõe um atuar eficiente e eficaz, conseguidos apenas se houver uma unidade de pensamento, utilização de meios jurídicos próprios e fixação de metas a serem alcançadas. Obviamente que a construção do pensamento e a fixação de metas só podem aflorar de processo de discussão que envolva os órgãos da administração superior da Instituição, bem como os próprios membros da Instituição, inclusive com a participação da sociedade, destinatária dos resultados obtidos. É preciso que a Instituição (mandatária) responda aos anseios que a sociedade (mandante) deposita. O Ministério Público é o advogado da sociedade e deve buscar nela aquilo que deva ser priorizado na atuação. Estabelecido o caminho e o objetivo a ser alcançado, deve o Ministério Público (como instituição) promover as medidas necessárias à consecução, aí não podendo ser oposta a independência funcional por algum de seus membros, para deixar de cumprir o plano antes fixado. É costume dizer-se que o membro do Ministério Público deve obediência apenas à sua consciência e à lei. Não vemos assim, contudo.

Em primeiro lugar, o Ministério Público, órgão da Administração pública, está subordinado aos princípios fixados no artigo 37 da Constituição, dentre os quais está o da eficiência. Além disso, desde 1988 que a economicidade é princípio que todo órgão público deve obedecer. Nesse sentido, a atuação ministerial não pode ocorrer senão de forma racional, objetiva, direta e sempre buscando atingir os objetivos fixados pela e para a própria Instituição, nunca para um de seus membros, individualmente considerado. O *Parquet*, advogado da sociedade, embora não tenha nenhum de seus integrantes eleitos direta ou indiretamente pelo povo, a ele deve subordinação, de resto porque todo poder emana do povo, como claramente determina o parágrafo único do artigo 1º da Constituição. Portanto, uma atuação que atenda aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade só pode ser aquela que congregue todos os seus membros na busca dos objetivos fixados. É nesse sentido que a independência funcional não pode servir de proteção para aquele que se nega a cumprir os objetivos anteriormente fixados, desde que

fruto de discussão democrática. Evidentemente que não se fala da simples vontade do chefe da Instituição ou de alguns de seus membros, ainda que da administração superior. Fala-se em mecanismos de discussão interna, fixados em lei e que permitam a participação da sociedade no processo de construção dos objetivos. No Estado de São Paulo, a Lei Complementar n. 734, de 26 de novembro de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo – traz previsão relativa ao plano geral de atuação e programas de atuação específicos (arts. 97 a 102), sem contudo disciplinar a participação da sociedade na elaboração. De toda forma, o procedimento de elaboração é disciplinado por ato do Procurador-Geral de Justiça, como manda o artigo 99 dessa lei, nada impedindo que nessa oportunidade seja normatizada a participação da sociedade na elaboração.

Estabelecidas as diretrizes e os objetivos institucionais, pensamos que é dever do membro do Ministério Público atendê-los, vedado o descumprimento sob o pálio da independência funcional. Aliás, a independência funcional, antes de ser garantia individual do membro do *Parquet*, é instrumento de proteção da própria sociedade, porquanto ela não quer e não pode ter, como titular da defesa de seus interesses, alguém sujeito a injunções políticas ilegítimas. Há que atuar com independência e, para tanto, deve ser protegido. Obviamente que não é disso que se trata, ao falarmos da fixação de diretrizes e metas institucionais.

Cumpra lembrar ainda que, sem prejuízo da independência funcional, mas sob o estrito aspecto administrativo, estão todos os membros do Ministério Público subordinados à administração superior e, bem por isso, devem acatar as decisões emanadas desses órgãos: “Assim, por exemplo, a solução de um conflito de atribuições, a revisão de uma promoção de arquivamento de inquérito civil ou de inquérito policial, a imposição de medidas disciplinares – todas essas decisões de caráter administrativo, tomadas com estrita observância da lei, exigem atendimento obrigatório pelos membros do Ministério Público.”<sup>454</sup>

---

<sup>454</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 157.

Ao lado das garantias reservadas aos membros do *Parquet*, estão as reservadas à própria Instituição, sempre visando preservar a atuação independente, como se verá.

Conjugada com o princípio da independência funcional dos membros do *Parquet*, traz a Constituição a garantia da autonomia funcional e administrativa do próprio Ministério Público. De fato, o parágrafo 2º do artigo 127 assegura-a à Instituição, cometendo-lhe a iniciativa de lei que verse sobre a política remuneratória e planos de carreira e crie ou extinga cargos e serviços auxiliares de carreira, a serem providos por concurso público, e também afirma que lei disporá acerca da organização e funcionamento do *Parquet*.

A *ratio* dessa regra constitucional coincide com a do princípio da autonomia funcional, qual seja, evitar indevidas ingerências no fiscal da lei e advogado da sociedade. Cuida-se, na verdade, da impossibilidade de injunções externas pelos Poderes da República na Instituição<sup>455</sup>, conforme anotado no item anterior. O Ministério Público, nesse passo, não se acha sob poder hierárquico dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; garantindo-se-lhe autonomia administrativa e funcional para o fiel cumprimento dos seus misteres constitucionais.

A Constituição atribuiu ao próprio Ministério Público a tarefa de elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, consoante o disposto no artigo 127, parágrafo 3º da Lei Maior. Com essas regras, pretendeu-se garantir a salutar independência da Instituição que, como fiscal da lei, não pode se ver sob o jugo de algum outro órgão público.

---

<sup>455</sup> Hugo Nigro Mazzilli comenta: “Discorrendo sobre a autonomia administrativa, decorrente da autonomia funcional, ensinou Francisco Campos que, toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com capacidade de decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, exclui-se-lhe a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional.” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 192).



Obviamente que essa independência não significa soberania, devendo a atuação ministerial conformar-se com o disposto na Constituição e nas leis<sup>456</sup>, inclusive as relativas à elaboração do orçamento e seu eventual contingenciamento, dentre outras. Agora, por força do artigo 130-A da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, se sujeita o Ministério Público ao Conselho Nacional do Ministério Público, ao qual compete o controle da atuação administrativa e financeira e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros. Embora a primeira leitura possa indicar a possibilidade de indevida ingerência, ousamos dizer desde logo que o controle será sempre *a posteriori* e se limitará à legalidade dos atos praticados, jamais podendo atingir a independência funcional dos membros e a autonomia da própria Instituição.

Além das já comentadas regras constitucionais, cujo escopo é preservar a independência do Ministério Público, previu ainda a Constituição um feixe de garantias e de vedações aos membros da carreira, com finalidade semelhante: “O fundamento desses predicamentos da instituição e de seus agentes não é constituir uma casta privilegiada de funcionários públicos, e sim e tão-somente assegurar a alguns agentes do Estado, apenas em razão das funções que exercem, garantias para que efetivamente possam cumprir seus misteres, em proveito do próprio interesse público.”<sup>457</sup>

---

<sup>456</sup> Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: “Artigo 3º - ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, cabendo-lhe especialmente: I - praticar atos próprios de gestão; II - praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; III - elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; IV - adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização; V - propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos cargos de seus serviços auxiliares, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus servidores; VI - prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado; (...) X - compor seus órgãos de administração; XI - elaborar seus regimentos internos;”

<sup>457</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 269.



É que, diante das funções institucionais do Ministério Público expressas na Constituição, não raro a Instituição defenderá interesses sociais em face do Estado, o que pode gerar (e tem gerado) atrito com os governantes. Assim, para que eles não possam de qualquer forma empecer a atuação dos membros do *Parquet*, a Lei Maior previu as garantias adiante comentadas.<sup>458</sup>

A primeira garantia arrolada pela Lei Maior é a vitaliciedade no cargo, conforme o teor do artigo 128, I, “a”. Adquirir-se-á após o transcurso do prazo de dois anos no exercício da função, a partir de quando o cargo poderá ser perdido apenas por sentença judicial transitada em julgado. Por conseguinte, a perda do cargo por decisão administrativa limita-se apenas aos membros da carreira com menos de dois anos de exercício da função (promotores substitutos). José Jesus Cazetta Júnior comenta que

“(...) o alcance dessa garantia – em virtude da qual o titular do cargo tem o direito de mantê-lo até o advento da sua aposentadoria compulsória ou de condenação em processo judicial – é, na realidade, específico: a) impede que a perda do cargo por motivo disciplinar (numa palavra, a demissão) se faça por decisão administrativa, ressalvada a hipótese de aposentadoria compulsória; b) condiciona a expulsão à má conduta; c) interdita a exoneração. Trata-se, pois, de proibição à dispensa sem caráter punitivo e à autotutela em matéria disciplinar. Não tem, portanto, a acepção patrimonial que adquiriu em tempos remotos, quando o funcionário era o proprietário do seu cargo e poderia, só por esse título, mantê-lo.”<sup>459</sup>

Com o desiderato de assegurar que o promotor de justiça exercerá suas funções sem ingerências indevidas de outros órgãos do governo, garante-se a inamovibilidade, consoante o disposto no artigo 128, II, “b”.

---

<sup>458</sup> José Emmanuel Burle Filho obtempera: “Reitero que a atribuição das mesmas garantias da magistratura ao Ministério Público foi aprovada por todos os senhores constituintes da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. E por que? Certamente porque aqueles ilustres homens públicos sabem que o interesse público e a defesa da sociedade só podem ser curados, promovidos e exercidos pelo Ministério Público de forma plena, eficaz e sem pressões, se a Instituição for dotada das mesmas garantias da magistratura.” (A constituinte e as garantias do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 49, n. 137, p. 9, jan./mar. 1987).



A inamovibilidade deve ser bem compreendida, porquanto sua interpretação restrita pode ensejar a equivocada idéia de que ela se resume a garantir que o membro do Ministério Público não será transferido da comarca ou da seção judiciária em que atua. Efetivamente, a garantia tem espectro mais amplo e abrange mais que esse aspecto meramente territorial, vinculando-se às funções relacionadas ao cargo do qual o promotor não pode ser movido. Conjuga-se, desse modo, a inamovibilidade com o princípio do promotor natural<sup>460</sup>, segundo o qual, nas autorizadas palavras de Hugo Nigro Mazzilli:

“(...) deve existir um órgão do Ministério Público previamente investido nas atribuições legais, o qual não poderá ser afastado do cargo e das funções a ele agregadas. Isso significa que a lei deve discriminar previamente as atribuições do órgão ministerial, não se aceitando designações ilimitadas e discricionárias só a pretexto da unidade e chefia da instituição. Tanto assim que, no anteprojeto Conamp, a aspiração comum foi externada de forma criativa na figura de uma inamovibilidade ‘no cargo e nas respectivas funções’. Caso contrário, a inamovibilidade seria uma falácia: bastaria que o procurador-geral, mantendo o promotor na comarca, lhe suprimisse as funções.”<sup>461</sup>

A própria Constituição da República, contudo, ressalva a garantia da inamovibilidade, ao admitir a transferência do membro do Ministério Público se, por motivo de interesse público, assim o decidir o órgão colegiado competente, integrante do próprio Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, assegurada a ampla defesa àquele cuja transferência se discute. O quórum de aprovação era mais elevado – 2/3 dos integrantes do colegiado – mas a regra foi

<sup>459</sup> CAZETTA JÚNIOR, José Jesus, A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional, p. 49.

<sup>460</sup> Para Hugo Nigro Mazzilli: “Dentre as garantias fundamentais do indivíduo, assenta-se o princípio de que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’. Ora, normalmente, quando a Constituição menciona ‘processar e julgar’, está querendo referir-se à tarefa jurisdicional. Entretanto, partindo-se da privatividade da promoção da ação penal, agora conferida ao Ministério Público, e considerando-se, ainda, a inamovibilidade de que gozam juízes e promotores, bem como o predicamento da independência funcional dos agentes políticos, o qual não é uma garantia só para estes últimos, e sim e especialmente para a sociedade, final destinatária de sua atuação, vemos que o princípio do promotor natural hoje faz parte do devido processo legal.” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 227).

<sup>461</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 278.





abrandada na chamada Reforma do Judiciário (EC n. 45), disposição que foi igualmente alterada em relação à magistratura.

Por derradeiro, assegurou-se aos membros do Ministério Público a irredutibilidade de subsídio, para que não haja qualquer sorte de inibição dos promotores nas suas atividades funcionais. Em outras palavras, caso estivesse ao alcance de determinadas pessoas o poder de reduzir a remuneração mensal dos membros do Ministério Público, estes poderiam achar mais conveniente não atuar em face daquelas, seja na área cível ou no campo penal, a fim de evitar atritos que pudessem ensejar a redução dos ganhos mensais.

Revela-se portanto essencial tal garantia para o fiel exercício funcional dos membros do Ministério Público. Esclareça-se, contudo, que a irredutibilidade constitui um limite negativo para o legislador, que se acha proibido de fixar subsídios nominalmente inferiores aos que a lei estipular para os membros do *Parquet*. Evidentemente que, como ressaltou Hugo Nigro Mazzilli, essa garantia tem tido seus positivos efeitos mitigados pela corrosão do poder de compra da moeda, pois a inflação acaba por proceder a uma redução real dos subsídios. Continua o autor dizendo que “(...) este flagelo [a inflação] costumou reduzir a nada a suposta irredutibilidade, já que nossos tribunais, até o mais alto deles, erroneamente encampando tese da Suprema Corte norte-americana (em cujo país a inflação não desorganiza na mesma proporção a respectiva economia), têm-se recusado a reconhecer que dita irredutibilidade seja real (isto é, com direito à atualização monetária)”<sup>462</sup>. Também Alexandre de Moraes afirmou no mesmo sentido:

“Apesar de o STF já ter decidido pela existência da irredutibilidade jurídica, negando o direito à atualização monetária, parece-nos que somente com essa garantia haveria efetividade plena da norma constitucional. A Constituição Federal prevê, portanto, aos membros do Poder Judiciário a garantia da irredutibilidade do subsídio, sendo de

---

<sup>462</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 300.



interesse relembrar a advertência feita na obra clássica de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (*O federalista*) onde, ao conceituar a irredutibilidade de vencimentos, Hamilton consagrou o ditado popular de que mexer na subsistência é mexer na vontade.”<sup>463</sup>

Não se pode pretender tratamento diferenciado ou privilegiado para os membros desta ou daquela instituição. Todavia, a liberdade de atuação dos integrantes do Ministério Público ou da magistratura exige certas garantias, inclusive a da irredutibilidade de subsídios, em termos reais, ressaltando-se que a esses agentes políticos são impostas vedações que limitam sua vida, pessoal ou profissional.

Com efeito, diante da natureza e da gravidade das missões institucionais atribuídas pela Constituição ao Ministério Público, trouxe ela um conjunto de vedações, proibindo algumas atividades ou situações que se mostram incompatíveis com o exercício da função pública de membro da instituição. Uma vez mais, nota-se ter havido preocupação com o adequado cumprimento dos misteres institucionais. Ressalte-se que:

“Antes da Lei Complementar n. 40/81, as vedações e impedimentos dos membros do Ministério Público eram aqueles genéricos da Carta de 1969: era vedação genérica a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, com algumas poucas exceções. No Estado de São Paulo, além das proibições do funcionalismo público civil, ainda se vedava aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia.”<sup>464</sup>

A violação das vedações adiante comentadas dará ensejo a sanções previstas na legislação infraconstitucional. Exemplificativamente, a Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 734/93 dispõe, em seu artigo 157, que “o membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo ou terá cassada a aposentadoria ou disponibilidade por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria nos seguintes casos: (...) II - exercício da advocacia,

<sup>463</sup> MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 1.305.

<sup>464</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit, p. 321.



salvo se aposentado”. Tal dispositivo, pois, prevê a sanção para o descumprimento da vedação inscrita no artigo 128, parágrafo 5º, inciso II, “b” da Constituição, como se verá à frente.

A primeira vedação, inscrita no artigo 128, inciso II, “a” da Constituição diz respeito ao recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de honorários, percentagens ou custas processuais. Por força dessa regra, a procedência, em sentença transitada em julgado, do pedido formulado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público não dá azo ao recebimento de honorários pela Instituição e muito menos para o membro que atuou. Isso vale tanto para as hipóteses em que o *Parquet* atua como autor da demanda, quanto para aquelas em que ele atua como *custos legis*.

A Constituição da República declara que é defeso aos membros do Ministério Público exercer a advocacia (art. 128, II, “b”). Efetivamente, o fiel cumprimento funcional por parte do membro do Ministério Público é absolutamente inconciliável com o exercício da advocacia. Por derradeiro, cumpre assinalar que também a advocacia em causa própria se acha proibida pela vedação constitucional, tendo isso sido reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>465</sup>

A Constituição veda ainda ao membro do Ministério Público “participar de sociedade comercial, na forma da lei” (art. 128, II, “c”). Consoante a sempre esclarecedora lição de Hugo Nigro Mazzilli, “a *ratio legis* consiste não só em evitar que tais atividades paralelas concorram e até prejudiquem a atividade ministerial, como ainda em afastar o risco, de todo indesejável de que o membro do Ministério Público, na sua atuação institucional, tema contrariar interesses de consumidores, fornecedores ou empresas com que se relacione em sua atividade comercial”.<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> Nesse sentido: STF – HC n. 76.671/RJ, 2ª Turma, rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 9.6.1998, *DJU*, de 10.8.2000, p. 4.

<sup>466</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 325.

Não é lícito, outrossim, ao membro do Ministério Público “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”, nos termos do artigo 128, inciso II, “d” da Carta da República. Busca-se com a vedação obstar que o promotor de justiça dedique-se a funções ou atividades que, conquanto públicas, prejudiquem a atuação ministerial. O propósito da Constituição é evitar que o membro do *Parquet* aja motivado por interesses alheios aos institucionais. Encontra-se, contudo, arrolada como exceção a atividade de magistério em entidade pública ou privada. É que, nesse caso, não se vislumbra qualquer antinomia entre as funções. Ademais, as leis orgânicas federal e estadual (de São Paulo) do Ministério Público autorizam a participação de seus membros em conselhos ou órgãos colegiados ligados à sua atuação institucional, tais como os Conselhos do Meio Ambiente, Penitenciário e de Educação.

Como derradeira vedação, a Lei Maior previa, até a Emenda Constitucional n. 45, vedação aos membros da carreira de “exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei” (art. 128, inc. II, “e”). O tratamento dispensado aos promotores, nesse tema, era diferente daquele atribuído aos juízes, a quem a Constituição vedava absolutamente o exercício de atividade político partidária (art. 95, parágrafo único, III), sem exceções<sup>467</sup>. A Constituição da República, portanto, admitia que os promotores, excepcionalmente, exercessem atividade político-partidária, desde que autorizados por lei.

A lei referida, contudo, por evidente, não poderia subverter a norma constitucional convertendo a exceção (exercício de atividade político-partidária) em

---

<sup>467</sup> Segundo Hugo Nigro Mazzilli: “Nossa tradição legislativa veda cabalmente a atividade político-partidária aos magistrados, por se supor, a nosso ver corretamente, que o envolvimento político-partidário numa comunidade, no Estado ou até no país leva a aproximações, a composições, a favorecimentos recíprocos, a compromissos e envolvimento com grupos, facções ou setores econômicos e políticos, ligações com o *jogo do bicho*, empreiteiras, tráfico de influência e outras fontes ilegais de custeio de campanhas, sendo incompatível com a necessária isenção de ânimo para as questões submetidas a seu julgamento; por isso não se lhes admite filiação a partidos políticos ou qualquer ‘ação direta em favor de um partido’, nem mesmo a participação em campanhas promovidas por partidos políticos.” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 338).



regra<sup>468</sup>. Acerca disso a Lei Complementar n. 75/93 dispõe em seu artigo 237, inciso V: “É vedado ao membro do Ministério Público da União: (...) V - exercer atividade político partidária, ressalvada a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer”. Em face desse dispositivo legal, ajuizou-se ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, que:

“(...) julgou-a parcialmente procedente, decidindo por maioria de votos, vencido o Min. Octávio Gallotti, que julgava totalmente improcedente a referida ação direta, da seguinte maneira: dar, ao artigo 237, inciso V, da Lei Complementar Federal n. 75 de 20.5.1993, interpretação conforme a Constituição no sentido de que a filiação partidária de membro do Ministério Público da União somente pode efetivar-se nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei. Dar ao artigo 80 da Lei Complementar Federal n. 75/93<sup>469</sup> interpretação conforme à Constituição para fixar como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária, se o membro do Ministério Público estiver afastado de suas funções institucionais, devendo cancelar sua filiação partidária antes de reassumir suas funções, quaisquer que sejam, não podendo, ainda, desempenhar funções pertinentes ao Ministério Público Eleitoral senão dois anos após o cancelamento dessa mesma filiação político-partidária. (STF – ADI n. 1.371-8/DF, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 3.6.1998, DJU, de 3.10.1998, p. 9).”<sup>470</sup>

Em vista dessa decisão, a filiação partidária do membro do *Parquet* seria lícita apenas se houvesse afastamento, por meio de licença, da função de procurador da República, promotor ou procurador de justiça. Ademais, era necessário o cancelamento da filiação partidária, para que se reassumissem as funções ministeriais e, por dois anos, haveria impedimento de exercício das funções relativas ao Ministério Público eleitoral.

<sup>468</sup> Hugo Nigro Mazzilli leciona: “A pretexto de regulamentar-se a norma do artigo 128, parágrafo 5º, II, ‘e’ da Constituição (exceções à vedação da atividade político partidária), não pode o legislador infraconstitucional inverter a exceção e a regra, comprometendo a neutralidade e a independência funcional da instituição e de seus agentes. (...) Afinal, não está dito na Constituição que serão *permitidas* as atividades político partidárias aos membros do Ministério Público, *salvo exceções* previstas em lei; está dito exatamente o contrário.” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 340).

<sup>469</sup> “Artigo 80 - A filiação a partido político impede o exercício de funções eleitorais por membro do Ministério Público, até dois anos do seu cancelamento.”

A discussão agora está sepultada, ao que parece, pelo teor da redação dada à alínea “e” do inciso II do parágrafo 5º do artigo 128 da Constituição: “Exercer atividade político-partidária”. A cláusula de exceção anteriormente existente foi suprimida há bom tempo, segundo entendemos, igualando o regime jurídico do Ministério Público ao da magistratura em tudo, merecendo ressaltar que àquele aplica-se o disposto no artigo 93 (o estatuto constitucional da magistratura), como determina o parágrafo 4º do artigo 129 da Constituição.

## **5.2 Ministério Público como guardião da democracia e da efetividade dos direitos fundamentais**

Esboçado o caminho histórico percorrido pela instituição no direito e, particularmente no Brasil, mostra-se oportuna a análise do Texto Constitucional de 1988, especificamente no que toca ao perfil do Ministério Público. Explica-se a opção adotada porque a exata compreensão da Instituição – ou o novo Ministério Público – permitirá estudar sua inserção no contexto da educação e da cidadania.

Com efeito, já o artigo 127 da Lei Maior lhe incumbe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, passando por outras igualmente importantes, como a defesa do regime democrático. O estudo das garantias constitucionais do *Parquet* revelará que somente uma instituição assim alicerçada pode voltar-se até mesmo contra o próprio Estado para exigir os direitos estabelecidos na Constituição. Sem tais prerrogativas, nenhuma instituição seria forte o suficiente para contrapor-se a todas e tantas forças contrárias à plena cidadania. Cumpre ainda lembrar que o perfil constitucional do Ministério Público é fruto de lutas institucionais já referidas, traduzindo-se num órgão idealizado para a

---

<sup>470</sup> MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 1.545.

defesa da sociedade, aquele que fala pela sociedade; o Ministério Público é o verdadeiro advogado da sociedade.

A Constituição, em seu artigo 127, *caput*, define o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. A relevância de tal definição constar expressamente do texto constitucional foi sustentada por Hugo Nigro Mazzilli, mesmo que a doutrina condene as definições em sede legislativa, seja ordinária ou constitucional. Todavia, diz ele, no caso concreto houve efetiva utilidade, porquanto até o regime da Constituição de 1967, o Ministério Público era integrante do Poder Executivo, e antes da Lei Complementar n. 40/81, nenhuma disposição dizia em que consistia o Ministério Público, nada impedindo, continua ele, que a lei excluísse ou minimizasse as funções primeiras da Instituição, ou ainda permitisse que suas atribuições fossem exercidas por quem não era do Ministério Público “ou, ao contrário, nada obstava, até então, que a legislação ordinária cometesse ao Ministério Público funções eventualmente incompatíveis com sua destinação institucional (como a representação judicial da Fazenda, o que doravante está vedado, por força do artigo 129, IX, da CR de 1988)”<sup>471</sup>. Os traços constitucionais do Ministério Público revestem-se, portanto, de extraordinária importância. Com efeito, por força do princípio da compatibilidade vertical das normas, eles não podem ser desfigurados por leis ordinárias, medidas provisórias ou leis complementares que não estejam de acordo com o perfil institucional, garantindo-se a vontade constitucional.

Afirmar que o *Parquet* é essencial à função jurisdicional é verdadeiro, mas sua missão não se resume a isso. De fato, as funções institucionais vão além da atuação judicial como, por exemplo, a fiscalização de fundações, habilitação de

---

<sup>471</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 141.



casamento, direção de inquérito civil, atendimento ao público etc., além da relevante função de *ombudsman* que será adiante mencionada, permitindo-lhe atuar com expedição de recomendações, conforme previsto no inciso XX do artigo 6º da Lei Complementar n. 75/93.

A Carta da República ainda confiou ao Ministério Público o mister de defender as principais modalidades de interesse público, tais como a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme expressamente consagrado no *caput* do artigo 127. Examinar-se-ão, nos itens seguintes, separadamente, cada uma dessas incumbências constitucionais.

A primeira tarefa institucional arrolada pela Constituição no artigo 127 é a defesa da ordem jurídica. Cumpre ressaltar, *ab initio*, que não se incumbiu o Ministério Público de ser um aplicador autômato das normas jurídicas, mas, sobretudo, zelar pelo cumprimento dos mandamentos constitucionais. A defesa da ordem jurídica, pois, deve ser bem compreendida. Como asseverado, não se trata de aplicação mecânica, despida de raciocínio, da legislação. Cumpre ao Ministério Público, na realidade, zelar pela ordem jurídica vista como um sistema de regras e princípios harmônicos, em cujo ápice se acha a Constituição. O Estado de Direito é marcado pelo império da lei, é bem verdade, todavia a regra comporta exceções, desde que não arbitrárias, ou seja, baseadas em critérios extraídos do próprio ordenamento jurídico. Adverte André Franco Montoro:

“Além disso, essas correntes contraíram a verdadeira natureza da ordem jurídica, na medida em que reduzem o direito à força. Realmente, negar à ordem jurídica seu fundamento na justiça e nas exigências da natureza humana significa reduzir o direito a um simples produto da força dominante no meio social, seja ela a vontade de um chefe, a deliberação de órgão legislativo ou judicante, dotado de poder coercitivo, ou mesmo a opinião da maioria.”<sup>472</sup>

<sup>472</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 342.





O mesmo autor fecha seu ensinamento com interessante questionamento sobre as atrocidades praticadas durante a 2ª Grande Guerra Mundial, fruto de preceitos arbitrários e violentos atentados à dignidade da pessoa humana, que sob o ponto de vista jurídico seriam inatacáveis, caso o direito fosse reduzido ao um simples *imperativo da força coercitiva da sociedade*. Aliás, o próprio Tribunal de Nuremberg, que julgou grande parte das atrocidades cometidas, a rigor se constitui também numa afronta ao princípio do juiz natural, porquanto, como sabido, foi constituído pelos vencedores, após os fatos, e para o fim de julgá-los. Essa afronta veio ser corrigida apenas com a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), cujo desejo de criação e integração a Lei Maior deixou patente no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Constituição consagra, em seu primeiro artigo<sup>473</sup>, a República como forma de governo do Estado brasileiro. Forma de governo, aqui, deve-se entender como sendo o modo pelo qual se dá a instituição do poder na sociedade e a maneira pela qual se configura a relação entre os governantes e os governados. Em suma, forma de governo que, nas palavras de José Afonso da Silva, “responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce”.<sup>474</sup>

Quanto à primeira indagação, exsurge a importância de ressaltar que a república se caracteriza pela eletividade periódica do chefe de Estado e dos representantes populares no Poder Legislativo. É imperiosa, portanto, a legitimidade popular dos mandatos conferidos aos detentores do cargo de chefe do Executivo ou de membro do Legislativo. Disso se infere que, na qualidade de mandatários, devem

---

<sup>473</sup> Para José Afonso da Silva: “O artigo 1º da Constituição não instaura a República. Recebe-a da evolução constitucional, desde 1889. Mantém-na como princípio fundamental da ordem constitucional. Desde a Constituição de 1891, a *forma republicana de governo* figura como princípio constitucional, hoje não mais protegido contra emenda constitucional, como nas Constituições anteriores, já que a forma republicana não mais constitui núcleo imodificável por essa via; só a forma federativa continua a sê-lo (art. 60, § 4º, I). Mas o princípio é protegido *contra os Estados*, prevista a intervenção federal naquele que o desrespeitar (art. 34, VII, ‘a’).” (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 105).

<sup>474</sup> Ibidem, p. 104.



manejar o poder com responsabilidade<sup>475</sup>, em prol daqueles que efetivamente o titularizam (o povo), com o propósito da consecução do bem comum. Essa idéia, por sua vez, vale para o segundo questionamento formulado.

Em vista dessas características da forma republicana de governo, ela não se harmoniza com os privilégios, comuns nas monarquias, conferidos a determinadas classes de cidadãos. Como vimos, uma das vigas mestras da república é o princípio da isonomia, que obsta qualquer tipo de perseguição ou favoritismo e, destarte, impõe o tratamento igualitário na lei e perante a lei de todos os componentes do corpo social.

Nesse passo, pela relevância da lição, repetimos Roque Antonio Carrazza, para quem a noção de república não se alinha com benesses ou privilégios de nascimento ou foros de nobreza, e “nem, muito menos, aceita a diversidade de leis aplicáveis a casos substancialmente iguais, as jurisdições especiais, as isenções de tributos comuns, que beneficiem grupos sociais ou indivíduos sem aquela ‘correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida (...) e a desigualdade de tratamento em função dela conferida’, de que nos fala Celso Antônio Bandeira de Mello”.<sup>476</sup>

No mais, a república, ao ser conjugada com o regime democrático, não compadece com a centralização do poder em uma única pessoa. Na forma republicana de governo coexistem os três poderes de maneira harmônica, cada qual exercendo a soberania estatal nos limites de suas competências, respeitados os limites dos demais. Dessa maneira, as decisões estatais não ficam ao talante de uma pessoa (o monarca), mas dependem de procedimentos próprios, consagrados em lei (elaboradas por representantes do povo eleitos para mandato temporário) e

---

<sup>475</sup> Não se admite mais a irresponsabilidade dos governantes que, *verbi gratia*, vinha consagrada no texto constitucional de 1824: “Artigo 99 - A pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

<sup>476</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 45.

executados por agentes estatais, regularmente investidos em seus cargos. Sintetizando, “república é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade”.<sup>477</sup>

Postas essas considerações acerca do regime republicano, ressaltando que cumpre ao Ministério Público defendê-la, como se verá, releva fazer a relação entre ele e a democracia, também consagrada no texto do artigo 1º da Constituição. Com efeito, a forma de governo republicana, no Brasil encontrou períodos em que se deturpou, devido a regimes ditatoriais impostos pela força. Nessas fases da história recente do país, não se observaram as principais características da forma republicana de governo. Diante disso, a Constituição afirmou expressamente que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”, e, destarte, garantiu a preservação dos fundamentos republicanos, por meio da consagração de um regime democrático.

Ensina-se que a democracia tem fundamento nos princípios da maioria, da igualdade e da liberdade. Em rápidas palavras, consagram-se as decisões da maioria do povo<sup>478</sup>, cujos votos têm o mesmo valor, garantida contudo às minorias a possibilidade de expressão de suas opiniões e luta civilizada por seus direitos.

A conjugação da forma republicana de governo com a democracia afigura-se salutar. Efetivamente, conquanto a república seja adotada no Brasil desde 1889, nos períodos em que o poder ficou centralizado nas mãos de ditadores, havia no país um arremedo de república. De fato, durante a ditadura militar, os *presidentes* não foram eleitos pelo povo, houve fechamento do Congresso Nacional, perseguiram-se dissidentes políticos etc. Nesse período, o poder centralizou-se no Executivo de tal

---

<sup>477</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 44.

<sup>478</sup> Para Hugo Nigro Mazzilli, “a democracia não é apenas o governo da maioria, e sim da maioria *do povo*. Isso significa que democracia não é o governo da maioria das elites, nem da maioria das corporações, nem da maioria dos grupos econômicos e nem mesmo da maioria de alguns grupos políticos, que muitas vezes são aqueles que *efetivamente* fazem a lei, mas nem sempre defendem

maneira que se desvirtuou a forma republicana de governo, sobretudo pela falta de legitimidade popular do exercício do poder. A consagração constitucional do regime político democrático garante a preservação dos contornos essenciais da forma republicana de governo; disso se infere a relevância do mister de defesa do regime democrático cometido ao Ministério Público pela Constituição de 1988.

Como já referido, o desenvolvimento do Ministério Público teve início com a implantação da forma republicana de governo, quando os seus membros deixaram de ser meros representantes dos interesses privados do Imperador. Na República brasileira, que alternou períodos democráticos com ditatoriais, o Ministério Público teve oportunidade de obter diversas conquistas, até lograr sua configuração na atual Lei Maior.

Como ressalta Hugo Nigro Mazzilli,

“O Ministério Público pode existir seja num regime autoritário, seja num regime democrático; poderá ser forte tanto num quanto noutro caso; porém, só será verdadeiramente independente num regime essencialmente democrático, porque não convém a governo totalitário algum que haja uma instituição, ainda que do próprio Estado, que possa tomar, com liberdade, a decisão de acusar até mesmo os próprios governantes ou de não processar os inimigos destes últimos.”<sup>479</sup>

A par do interesse público da defesa do regime democrático, portanto, há um interesse inequívoco da própria instituição nesse mister, conferido pela Constituição de 1988. É que a existência de um governo democrático garante a própria independência da Ministério Público que, desde 1988, não mais se encontra sob o jugo dos interesses do Executivo<sup>480</sup> ou de qualquer outro Poder.

---

os interesses da população; democracia quer significar o governo da maioria *do povo*” (Ministério Público e a defesa do regime democrático, p. 95).

<sup>479</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, Ministério Público e a defesa do regime democrático, p. 89.

<sup>480</sup> Afirma Hugo Nigro Mazzilli: “É verdade que em muitos modernos Estados democráticos não existe um Ministério Público forte nem independente; também é verdade que em Estados totalitários é comum haja Ministério Público forte para ser usado como instrumento de opressão – mesmo entre nós, esse recente exemplo não pode ser esquecido. A nosso ver, porém, no primeiro caso, um Ministério Público forte e verdadeiramente independente em nada empeceria as liberdades e garantias democráticas; ao contrário, contribuiria seriamente para assegurá-las e até ampliá-las. No segundo caso, um Ministério Público forte, mas não independente, nada mais seria do que uma volta ao passado, aos agentes do rei, aos agentes do governo ou dos



Exsurge a relevância da defesa do regime democrático pelo Ministério Público, tanto na preservação dos traços essenciais do regime republicano, quanto na independência do próprio *Parquet*. Não se resume a isso, contudo, essa grave incumbência de tutela à democracia, conforme se buscará demonstrar no item seguinte.

### **5.3 Tutela da cidadania e dos interesses sociais pelo Ministério Público**

No regime democrático, a participação popular na formação da vontade do Estado é primordial. Com efeito, o povo é o titular do poder do Estado, cujo exercício incumbe aos seus representantes eleitos. Assim, afigura-se absolutamente imprescindível que se revistam de legitimidade popular os mandatos eletivos conferidos aos chefes do Poder Executivo e aos membros do Poder Legislativo. Apenas desse modo os atos administrativos e normativos emanados desses Poderes revelarão, em última análise, a vontade do detentor do poder, o povo (art. 1º, parágrafo único da CF).

Visto isso, calha, neste momento, estabelecer o elo entre a defesa do regime democrático (art. 127 da CF) e a tutela da cidadania pelo Ministério Público. A cidadania foi erigida pela Carta da República em fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme disposição expressa do artigo 1º, inciso II. No sentido constitucional, cidadania é a qualidade política da pessoa que encerra um feixe de direitos e deveres, de participar do governo, de fiscalizar e ser ouvido por ele. A cidadania, por outras palavras, garante ao brasileiro o livre exercício da democracia, a possibilidade de influir nas decisões estatais, quer por

---

governantes, passado de que hoje precisa distanciar-se, com certeza, o Ministério Público definido pela Constituição democrática de 1988.” (*Regime jurídico do Ministério Público* p. 152).



meio do sufrágio, quer da participação efetiva nos processos judiciais ou administrativos em que for parte, ou pela iniciativa popular de lei.

Todavia, essa não é a única acepção da palavra cidadania. Deveras, amiúde se emprega a palavra em sentido mais amplo, albergando em seu significado o conjunto de todos os direitos básicos (e não somente os direitos políticos) e as correspondentes obrigações, de que são titulares todas as pessoas sujeitas às leis do Estado – cidadãos ou não, nacionais ou estrangeiras, como vimos.

Assim, quando se afirma que o Ministério Público está encarregado da defesa dos direitos constitucionais do cidadão, utiliza-se essa acepção mais ampla do vocábulo. Abrangem-se, pois, os direitos de todas as pessoas, sem distinção, de exigirem que os Poderes Públicos e aqueles que prestam serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição (art. 129, inc. II da CF), notadamente os princípios que orientam o atuar da Administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, probidade e razoabilidade na administração). Nesse contexto, insere-se ainda o direito da população de ter defendidos pelo Ministério Público os patrimônios público e social (art. 129, inc. III).

A tarefa de zelar pela cidadania, portanto, revela-se abrangente, dada a quantidade de direitos políticos, individuais e sociais a serem tutelados. São incontáveis as tarefas que devem ser desenvolvidas para o cumprimento desse mister, sobretudo tendo em vista as condições econômicas e sociais do país. Diariamente, sabe-se de casos em que se violam descaradamente os direitos dos cidadãos e, nesse sentido, a função de atender a qualquer do povo (inc. II do art. 32 da Lei n. 8.625/93) representa importante instrumento de captação de informações para a Instituição.

Descortina-se, sob outro aspecto, que a instituição não é suficiente para a garantia desse feixe enorme de direitos e obrigações. De fato, o Ministério Público depende da concorrência de vários outros órgãos do Estado para a consecução desse fim, bem como da atuação individual de cada pessoa na busca de seus direitos. A defesa da cidadania encerra um conjunto de tarefas muito abrangente à Instituição que, destarte, obteve uma ampliação no seu campo de atuação em prol do interesse público e em favor dos cidadãos. Nesse sentido, como bem ressalta Hugo Nigro Mazzilli: “cabe aqui lembrar o extenso rol de funções institucionais do Ministério Público, previstas no artigo 5º da LC federal n. 75/93 (LOMPU), que se aplica também, de forma subsidiária, aos Ministérios Públicos dos Estados”,<sup>481</sup>. Essa aplicação aos Estados encontra fundamento legal no artigo 80 da Lei n. 8.625/93, cumprindo ressaltar, dada a relevância para o tema, a alínea “a” do inciso V do artigo 5º da Lei Complementar n. 75/93, por se referir explicitamente à educação.<sup>482</sup>

<sup>481</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, Ministério Público e a defesa do regime democrático, p. 99.

<sup>482</sup> Lei Complementar n. 75/93: “Artigo 5º - São funções institucionais do Ministério Público da União: I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: a) a soberania e a representatividade popular; b) os direitos políticos; c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; d) a indissolubilidade da União; e) a independência e a harmonia dos Poderes da União; f) a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; g) as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à Administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União; II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte; b) às finanças públicas; c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; d) à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; e) à segurança pública; III - a defesa dos seguintes bens e interesses: a) o patrimônio nacional; b) o patrimônio público e social; c) o patrimônio cultural brasileiro; d) o meio ambiente; e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso; IV - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social; V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) *aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação*; b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade; VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei. § 1º - Os órgãos do Ministério Público da União devem zelar pela observância dos princípios e competências da Instituição, bem como pelo livre exercício de suas funções. § 2º - Somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar ao Ministério Público da União, observados os princípios e normas nelas estabelecidos.” (grifos nossos).





O citado dispositivo legal parece ilustrar bem a abrangência da atuação ministerial em defesa do regime democrático (soberania e representatividade popular; direitos políticos; objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil etc.).

Não se pode olvidar que o *Parquet* dispõe, para o cumprimento dessa missão constitucional, da legitimidade privativa para a ação penal pública (art. 129, inc. I), da possibilidade de instauração de inquérito civil, a fim de investigar lesões ao meio ambiente, aos consumidores, ao erário etc., do ajuizamento de ação civil pública em que se busque a responsabilização dos causadores desses danos (art. 129, inc. III) e da ação de inconstitucionalidade ou representação interventiva (arts. 36, inc. III e 129, inc. IV). Com esses meios, poderá centrar seus esforços no combate irrestrito ao crime, à improbidade administrativa, à defesa dos interesses difusos e coletivos (meio ambiente, consumidores, crianças, adolescentes, idosos etc.) e, destarte, cumprir de maneira eficaz sua grave missão constitucional.

É natural que um trabalho desse vulto realizado pelo Ministério Público incomode. As reações têm sido constantes, conforme observações expendidas acima, sobretudo por parte daqueles que, antes da atual feição constitucional do Ministério Público, viam-se absolutamente imunes às decisões judiciais desfavoráveis aos seus interesses. Mas, como compensação, muitos resultados favoráveis à população e, portanto, ao regime democrático, foram obtidos graças à atuação institucional.

A Constituição cometeu ao Ministério Público, nos termos do artigo 127, *caput*, o resguardo dos interesses sociais. Essa expressão, inequivocamente, tem alcance largo e, portanto, comporta diversas interpretações. É necessário, portanto, delimitar os seus contornos constitucionais. Para tanto, em primeiro lugar, cumpre ressaltar que as considerações expendidas acerca da defesa do regime democrático



caberiam também neste item, porquanto a defesa da democracia e da cidadania, inequivocamente, acha-se albergada na tarefa de resguardo aos interesses sociais.

O campo dessa última missão, contudo, é maior. Destarte, cabe buscar, nas funções institucionais arroladas no artigo 129, o exato alcance de *interesses sociais*, porquanto as incumbências constitucionais elencadas em tal preceptivo da Lei Maior encerram, em última análise, os próprios interesses da sociedade. Segundo ensina Gianpaolo Poggio Smanio, os interesses sociais identificam-se com o interesse público. Diz o autor: “O conceito antigo identificava interesse público com o interesse do Estado, da Administração pública. Hoje em dia, a expressão *interesse público* também é utilizada para abranger os interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo, os interesses difusos e coletivos.”<sup>483</sup>

O combate ao crime, mediante a promoção da ação penal pública (art. 129, I), por exemplo, atende aos reclamos do interesse social; na mesma linha: o zelo pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância aos direitos constitucionais; a promoção do inquérito civil e da ação civil pública em defesa dos interesses difusos e coletivos; a promoção da ação de inconstitucionalidade e da representação pela intervenção; a defesa judicial da população indígena, o controle externo da atividade policial e outras funções semelhantes, conforme norma de encerramento do inciso IX do artigo 129, todos da Constituição.<sup>484</sup> Tais funções serão detalhadamente verificadas em tópico próximo.

Assim, na defesa do interesse social, o Ministério Público deve sempre seguir a linha traçada pela própria Constituição, ao definir as funções institucionais. O mesmo vale para o legislador ordinário, que não pode cometer à instituição a

---

<sup>483</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*: Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107.

<sup>484</sup> “Artigo 129 - São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.”



defesa de interesses que não representem interesses sociais. Portanto, “considerada a destinação institucional, a defesa dos interesses sociais – expressão que compreende os interesses coletivos e difusos – somada à defesa dos interesses indisponíveis, pode-se afirmar que a atuação do Ministério Público estará sempre fulcrada na defesa do interesse público”.<sup>485</sup>

Por derradeiro, o artigo 127, *caput* da Carta da República atribui ao Ministério Público a tarefa de zelar pelos interesses individuais indisponíveis. A linha mestra para definir os casos de atuação do Ministério Público é a mesma das duas missões constitucionais anteriormente comentadas: existência de interesse público. De fato, não está o Ministério Público obrigado a atuar em defesa de interesses individuais, salvo quando forem indisponíveis. Explicitando a norma constitucional em comento, o artigo 82 do Código de Processo Civil impõe a intervenção do *Parquet* nas causas em que houver interesse de incapazes; nas que versarem sobre estado da pessoa, poder familiar, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência, testamento; e, como cláusula geral, *nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte* (art. 82, inc. III, parte final do CPC).

O Estatuto Processual, portanto, expressamente consagra a necessidade de existência de interesse público a autorizar a intervenção do Ministério Público, em harmonia com o perfil constitucional na instituição<sup>486</sup>, qual seja, o de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

---

<sup>485</sup> GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público na Constituição de 1988: breves anotações. *Justitia*, n. 60 (número especial), 1999. p. 1.047.

<sup>486</sup> Para Nelson Nery Junior: “É sempre obrigatória, funcionando o Ministério Público como fiscal da lei (*custos legis*), em todos os casos do CPC 82. Não há intervenção facultativa do Ministério Público no processo civil brasileiro (Machado, CPCI, 82, 59). Qualquer que seja a causa que autorize o Ministério Público a intervir no processo civil ou penal, o móvel dessa autorização é sempre o interesse público.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 460).

A Constituição, após trazer dispositivos que visam à independência do Ministério Público no exercício das suas funções, arrola os instrumentos de atuação conferidos à instituição no artigo 129, conquanto os denomine *funções institucionais*. Conhecê-las nos parece relevante porquanto pretendemos demonstrar como e com quais instrumentos poderá o Ministério Público atuar positivamente em relação à educação e cidadania. Essas funções institucionais, ainda que com denominação imprecisa, mostram como chegar ao resultado pretendido.

Em primeiro lugar, incumbe-se o Ministério Público de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” conforme o disposto no artigo 129, I da Lei Maior. Trata-se da função mais conhecida do Ministério Público, como autor da ação penal. Com efeito:

“No processo penal é ele parte, como senhor da ação; é o titular da pretensão punitiva e, por isso, propõe aquela, enumera e fornece provas, luta e porfia para o triunfo final da pretensão, que deverá ser proclamado pelo juiz contra o réu. Participa, pois, do juízo – *actum trium personarum* – onde existem autor, réu e juiz. Objetam alguns contra sua qualidade de parte, invocando a imparcialidade de que deve ser dotado. É de ser entendido em termos o argumento. O Ministério Público, na lide penal, representa o Estado-administração que, perante o Estado-juiz, expõe a pretensão punitiva. Ele o representa, conseqüentemente. Representa-o como titular do *jus puniendi* (se não for ele o representante do Estado, quem o será?).”<sup>487</sup>

Não seria razoável atribuir à vítima de um crime o constrangimento de ter que processar seu algoz. Indubitavelmente, poucos seriam aqueles que se veriam encorajados a fazê-lo, sobretudo nos dias atuais, em que a criminalidade violenta não hesita em desfazer-se de seus inimigos. Portanto, era mesmo imprescindível que se cometesse uma função, tão relevante quanto perigosa, a agentes do Estado dotados de garantias mínimas para o cumprimento de tal mister, em que se maneja o poder soberano do Estado.

<sup>487</sup> NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal: introdução e parte geral*, v. 1, p. 324.



Como bem observa Hugo Nigro Mazzilli, “todas as demais funções do Ministério Público – a ação civil pública, o zelo pelo cumprimento da Constituição e das leis – todas elas não lhe são privativas, nem sobre sua propositura ou não-propositura dá ele a última palavra: essas ações podem ser propostas por outros legitimados. Numa única hipótese, porém, o Ministério Público age privativamente: ao decidir se promove ou não a ação penal pública”<sup>488</sup>. O Ministério Público, pois, dá a última palavra quanto ao não exercício da ação penal. De fato, a promoção fundamentada do arquivamento do inquérito policial (ou de quaisquer outras peças de informação da ocorrência do delito), seja porque se concluiu que não houve crime ou porque não se mostrou justa causa para o início do processo penal, fica apenas sujeita ao sistema do artigo 28 do Código de Processo Penal, de sorte que, afinal, quem decide quanto ao ajuizamento da ação penal é o próprio Ministério Público.

Nesse contexto, cumpre não olvidar que a Carta Magna consagra entre os direitos e garantias individuais a ação penal de iniciativa privada subsidiária, estabelecendo que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (art. 5º, LIX). O primeiro ponto a ser enfrentado diz respeito ao prazo legal, cuja definição se acha no artigo 46 do Código de Processo Penal: cinco dias se o réu estiver preso e quinze dias se o réu estiver solto, ambos contados da data do recebimento dos autos do inquérito policial ou de outros elementos suficientes para a formação da *opinio delicti*. Não se descarta que o Código de Processo Penal, já em 1941, previa a possibilidade da ação penal privada subsidiária da pública no artigo 29, sempre em contraponto à titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público.

Visto isto, é mister ressaltar que a ação privada subsidiária é admissível apenas se a ação penal pública não for intentada nos prazos mencionados. Não se trata de meio de impugnação em face do arquivamento do inquérito policial. Exige-

---

<sup>488</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 407.



se, portanto, a existência de desídia por parte do membro do Ministério Público. Daí dizer-se que o artigo 5º, LIX da Constituição não constitui exceção à regra do artigo 129, I, mas, segundo Alexandre de Moraes:

“(...) um mecanismo de freios e contrapesos constitucional ao exercício por parte do Ministério Público, dessa função constitucional que constitui ato de soberania, nunca permitido se o titular da ação penal pública manifestar-se, ou propondo a respectiva denúncia, ou ainda, promovendo o arquivamento ou requisitando diligências à autoridade policial, ou, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, oferecendo a transação penal.”<sup>489</sup>

O exercício da ação penal pública constitui a mais tradicional função do Ministério Público, a despeito do grande crescimento de outras funções, como se verá.

A Constituição atribui ao Ministério Público a tarefa de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, inc. II). Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

“O Ministério Público, em face dessa regra, tornou-se, por destinação constitucional, o defensor do povo. Numa relação dilemática, em que conflitem os interesses do governo e os do povo, não há, para o Ministério Público, alternativa politicamente válida e moralmente digna, senão a da intransigente defesa dos valores pertencentes à nação, mesmo que sob o injusto assédio dos curadores – de quaisquer curadores – do regime. (...) O novo perfil do Ministério Público representa, portanto, resposta significativa aos anseios e postulações dos que, perseguidos pelo arbítrio e oprimidos pela onipotência do Estado, a ele recorrem, na justa expectativa de verem restaurados os seus direitos. A responsabilidade social do Ministério Público torna-se, por isso mesmo, imensa; todos os membros da Instituição são, agora, depositários da fé e da confiança do povo que, com eles, celebrou o compromisso, grave e inderrogável, da liberdade e do respeito aos seus direitos e às suas garantias.”<sup>490</sup>

<sup>489</sup> MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 1.551.

<sup>490</sup> STF – HC n. 67759-2/RJ, DJU, de 1º.7.1993, p. 13.142, voto proferido pelo Min. Celso de Mello.



Nessa função de *defensor do povo*, pode o Ministério Público voltar-se contra quaisquer Poderes da República, bem como contra qualquer entidade que preste serviços públicos ou de relevância pública. Diante disso, mostra-se relevante o fato da Constituição atribuir esse mister ao *Parquet*, em virtude de sua independência. De fato, tivesse sido cometida tal função a um órgão do Poder Executivo, por exemplo, evidentemente que a atividade de ouvidoria estaria maculada, por se revestir de parcialidade e de grande susceptibilidade a pressões políticas.

Tal dispositivo deve ser interpretado com influência do artigo 1º, inciso I da Carta Federal, que traz como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pátrio a cidadania. Ela, conforme observado acima, encerra, numa acepção ampla, não apenas um conjunto de direitos e obrigações que garantem o fiel exercício da democracia (art. 1º, parágrafo único), ou seja de manifestar-se e de influir nas decisões estatais, mas ainda o prerrogativa de todos de ter respeitados os direitos garantidos pela Constituição.

Destarte, o Ministério Público, como encarregado da defesa dos direitos constitucionais do cidadão (art. 129, inc. II), zela pela cidadania (art. 1º, inc. I), por meio da defesa da soberania, da representatividade popular, dos direitos políticos, dos objetivos fundamentais da República (“construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos sem discriminações” – art. 3º da CF); da indissolubilidade da União, da harmonia e independência dos Poderes do Estado, dos princípios que regem a atividade administrativa (art. 37, *caput* – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), dos direitos e garantias individuais etc.<sup>491</sup>. Diante disso, percebe-se quão larga é essa missão constitucional do Ministério Público, que bem retrata o novo perfil institucional traçado pela Carta de 1988.

---

<sup>491</sup> Artigo 5º da Lei Complementar n. 75/93

Além da função de defensor do povo, zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, outra função de grande importância para o *Parquet* é o inquérito civil e a ação civil pública, constituindo mecanismos de proteção à cidadania e à educação. Com efeito, o inciso III do artigo 129 da Lei Maior afirma que é função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Em primeiro lugar, far-se-ão algumas considerações acerca dos dois instrumentos mencionados no dispositivo (inquérito civil e ação civil pública) e, em seguida, sucinta análise de cada um dos bens jurídicos a serem tutelados.

O inquérito civil foi criado pela Lei n. 7.347/85 e pode ser definido como:

“Um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público; seu objeto é a coleta de elementos de convicção que sirvam de base à propositura de uma ação civil pública para a defesa de interesse metaindividuais – ou seja, destina-se a colher elementos de convicção para que, à sua vista, o Ministério Público possa identificar ou não a hipótese em que a lei exige sua iniciativa na propositura de alguma ação civil pública.”<sup>492</sup>

A primeira característica extraída do conceito é a da titularidade exclusiva do Ministério Público para promovê-lo. Deflui-se, ainda, que tem como propósito a coleta de elementos de convicção bastantes para se averiguar a pertinência do ajuizamento de ação civil pública para proteção dos bens jurídicos elencados no inciso III do artigo 129 (patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos). Trata-se, pois, de um instrumento de investigação de que dispõe o promotor ou procurador para aferir se a situação comporta ou não o ajuizamento de demanda coletiva por parte do *Parquet*.

---

<sup>492</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Questões controvertidas sobre o inquérito civil. In ALVES, Airton Buzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Orgs.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 403.



Depois disso, importante fazer algumas considerações acerca da ação civil pública, que foi originalmente criada pela Lei n. 7.347/85 e teve seu campo alargado pela Constituição, certamente fruto dos resultados obtidos pelo Ministério Público no seu manejo, justificando a constitucionalização desse poderoso instrumento. Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli:

“A rigor, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação não penal proposta pelo Ministério Público. Sem melhor técnica, portanto, a Lei n. 7.347/85 usou a expressão ação civil pública para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais o próprio Ministério Público. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu denominar ação coletiva, da qual o Ministério Público é apenas um dos co-legitimados.”<sup>493</sup>

Assim, diferentemente da ação penal pública, que cabe privativamente ao Ministério Público, no tocante à ação civil pública, a instituição não é a única legitimada, conforme o disposto no parágrafo 1º do artigo 129: “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. A expressão ações civis, empregada no artigo 129, inciso III, deve ser entendida como qualquer demanda intentada pelo Ministério Público, com base na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) para a proteção de interesses metaindividuais ou individuais indisponíveis, comentados adiante.

Continuando, ao arrolar o patrimônio público como bem jurídico a ser defendido pelo Ministério Público por meio do inquérito civil e da ação civil pública, a Constituição alargou o campo de atuação da Instituição, porquanto a Lei n. 7.347/85 não o trazia como bem apto a ensejar a tutela por meio da ação coletiva. Cuida-se de postura salutar adotada, porquanto se cometeu a uma instituição dotada de independência dos poderes do Estado o mister de fiscalizar o manejo do patrimônio público. Isso, contudo, não agradou àqueles que, a partir de então, viram-se obrigados a efetivamente prestar contas de suas gestões públicas, diante da



possibilidade de serem processados pelos membros do Ministério Público que, livres de pressões e influências políticas, passaram a representar uma ameaça à anterior quase *imunidade* de que gozavam os detentores do poder político.

A Constituição incumbiu o Estado da preservação do meio ambiente em prol da presente e das futuras gerações, consoante o disposto no artigo 225, em cujo texto se lê: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Com o propósito de conferir efetividade a esse dispositivo constitucional, cometeu-se ao Ministério Público a missão de, por meio do inquérito civil e da ação civil pública, proteger o meio ambiente, nos seus diversos setores: proteção de águas interiores, do mar, das áreas de proteção de mananciais hídricos, da atmosfera, do solo, das florestas nativas etc.

A cláusula final inserta no dispositivo, dada sua generalidade, tem por escopo não deixar excluída da tutela ministerial nenhum interesse difuso ou coletivo. Deve o exegeta, aqui, valer-se da interpretação analógica. Dada a largueza da expressão, ela foi vetada quando do surgimento da Lei da Ação Civil Pública. Acerca do tema, estamos com Hugo Nigro Mazzilli, para quem a Constituição foi além da Lei de Ação Civil Pública de 1985, já que ela havia sofrido o veto presidencial justamente em relação à norma de extensão que conferia ao Ministério Público a legitimidade para a defesa de *outros interesses coletivos e difusos*. Diz ele ainda:

“A Constituição admitiu a iniciativa ministerial ‘para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’, ou seja, conferiu à defesa de interesses difusos a mesma extensão que anteriormente tinha sido negada pelo presidente da República, quando da sanção da LACP. Na esfera infraconstitucional,

---

<sup>493</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 67.



posteriormente, o Código do Consumidor devolveu a norma de extensão antes vetada na LACP.”<sup>494</sup>

De fato, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 110, determinou o seguinte: “Acrescente-se o seguinte inciso IV ao artigo 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985: ‘IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo’”. Dessa maneira, a norma de encerramento, já consagrada na Constituição, encontra-se também positivada na legislação infraconstitucional, conferindo maior abrangência ao campo de atuação do Ministério Público no exercício da proteção dos direitos transindividuais, por meio o inquérito civil e da ação civil pública. Cabe portanto ao intérprete avaliar o caso concreto e aplicar adequadamente o ordenamento. Não há como estabelecer critérios apriorísticos para definir em quais casos o Ministério Público poderá atuar com fundamento nessa norma de encerramento.

Cumprindo ainda ao Ministério Público a missão de promover a ação de inconstitucionalidade (art. 103, inc. VI da CF) e a representação para fins de intervenção federal (art. 36, inc. IV da CF). Os Estados podem instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das Constituições estaduais, vedada a legitimação para agir exclusivamente a um órgão. Em respeito ao princípio da simetria, comenta Hugo Nigro Mazzilli:

“Tendo em vista o modelo federal, bem como levando em conta a destinação institucional e a iniciativa assegurada ao Ministério Público na propositura de ações civis em defesa da ordem jurídica e dos interesses coletivos, cabe às Constituições estaduais conferir aos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, entre outros órgãos locais, a iniciativa das ações de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição local.”<sup>495</sup>

O mesmo raciocínio deve ser estendido à representação de inconstitucionalidade, para fins de intervenção pelo Estado nos Municípios, nas

<sup>494</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 426.

<sup>495</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 430.

Constituições estaduais. Estas, portanto, devem prever o instrumento e conferir legitimidade ao Procurador-Geral de Justiça, em respeito ao princípio da simetria, observando a vedação de legitimidade exclusiva. Trata-se de instrumentos poderosos para que o Ministério Público cumpra sua função institucional de defender a ordem jurídica.

A Constituição reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Assim, cometeu-se à União o dever de demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar os bens dos índios (art. 231). Diante da relevância da preservação da incolumidade física e cultural dos índios, a Constituição determina ao Ministério Público o mister de promover a defesa judicial das populações indígenas. Cumpre ponderar, com Hugo Nigro Mazzilli, a intervenção ministerial num determinado processo que envolva interesse de silvícola, se isoladamente considerado, que elenca as seguintes hipóteses: “a) se o índio estiver integrado à comunhão nacional e reconhecido no pleno exercício dos direitos civis, descabe tutela e assessoramento da Fundação Nacional do Índio (Funai) ou do Ministério Público; b) caso contrário, nas ações individuais estará ele tutelado pela Funai e assistido pelo Ministério Público”<sup>496</sup>. Por conseguinte, a atuação do Ministério Público estará justificada por um interesse coletivo da população indígena.

O inciso VI do artigo 129 da Constituição traz como *função institucional do Ministério Público* a tarefa de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”. O teor do dispositivo bem demonstra que o rol do artigo 129 não traz funções institucionais do Ministério Público, mas instrumentos para exercê-las. De fato, o inciso em comento garante o poder de investigação à instituição, em qualquer procedimento administrativo com

---

<sup>496</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 439.

esse fim. Destarte, como não há referência ao inquérito civil, exclusivamente, mostra-se razoável que o poder de requisitar informações e documentos para instruir tais procedimentos pode servir para o promotor formar a *opinio delicti*.

Conferiu-se ao Ministério Público o mister de “exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”, conforme o disposto no artigo 129, inciso VII. Com base no teor do preceptivo citado, é lícito afirmar que cabe ao Ministério Público fiscalizar a atividade policial, sobretudo nas tarefas relacionadas com as funções institucionais do *Parquet*: “Assim, nas atividades de polícia judiciária, na apuração de infrações penais, na própria repressão e prevenção criminais, matérias que sem dúvida interessam aos misteres institucionais do Ministério Público, poderá e deverá ser ele chamado para exercer o necessário controle.”<sup>497</sup>

A Constituição cometeu ao legislador ordinário a tarefa de definir os limites desse controle externo. A lei complementar a que se refere o dispositivo constitucional é a que veicula a Lei Orgânica do Ministério Público, seja da União ou de cada um dos Estados.

Em complementação ao inciso VI, a Lei Maior traz no inciso VIII do artigo 129, como função do Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. Esse dispositivo é de grande relevância para a atuação ministerial, ainda que entendemos, uma vez mais com Hugo Nigro Mazzilli, que o dispositivo não tenha agasalhado a melhor técnica, encerrando três hipóteses diferentes: “1ª) a requisição de diligências investigatórias (não só à polícia, mas a qualquer pessoa, autoridade, entidade, órgão ou organismo sujeito à requisição ou à fiscalização ministerial); 2ª) a requisição de instauração de inquérito policial à autoridade policial; 3ª) a necessidade de fundamentar juridicamente todas as suas

manifestações lançadas nos processos”<sup>498</sup>. Diz-se que o dispositivo não prima pela técnica porque sua redação pressupõe que manifestações lançadas em inquérito policial, procedimento investigatório meramente administrativo, sejam *processuais*. No entanto, a rigor, o processo tem início apenas após o oferecimento da denúncia. Note-se, contudo, que *manifestações processuais*, nos termos constitucionais, devem ser entendidas como todas as manifestações do membro do *Parquet*, tanto em processos propriamente ditos, quanto em procedimentos investigatórios meramente administrativos. Assim, v.g., deve o promotor fundamentar a manifestação em que devolve os autos de inquérito policial à autoridade policial, a fim de que ela execute outras diligências, antes do oferecimento da denúncia. É mister, portanto, conferir interpretação larga à expressão constitucional.

Finalmente, a Constituição contém previsão segundo a qual pode o legislador infraconstitucional cometer atribuições outras ao Ministério Público, além das constantes no próprio Texto Maior, mas desde que estejam de acordo com os seus fins institucionais e, desse modo, jamais poderia ocorrer do legislador conferir ao *Parquet* a defesa, por exemplo, de um interesse individual, sem que tivesse abrangência ou repercussão social, ou como diz Hugo Nigro Mazzilli, “(como a cobrança de uma cambial em favor de pessoa maior e capaz). Não pode, porém, o legislador infraconstitucional contornar a vedação constitucional, simplesmente presumindo de forma absoluta a presença de interesse público, para, assim, obrigar à ação do Ministério Público mesmo em casos que nada tenham a ver com a destinação institucional”.<sup>499</sup>

A exata compreensão do papel do Ministério Público na defesa do direito à educação e à cidadania passa pela apreensão da organização constitucional da instituição, permitindo visualizar as possibilidades de atuação e o como atuar. Sabe-

---

<sup>497</sup> Ibidem, p. 448.

<sup>498</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 441.

<sup>499</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 336.



se que a Constituição organizou o Ministério Público em dois grandes grupos, dividindo-o em Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o do Distrito Federal e Território e o Militar; e Ministério Público dos Estados.

Atribuiu-se à chefia do Ministério Público do Distrito Federal, dos Territórios e dos Estados ao Procurador-Geral de Justiça (art. 128, § 3º). A dos demais, ao Procurador-Geral da República (art. 128, § 1º)<sup>500</sup>. A leitura atenta das regras constitucionais revela que o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, a despeito de pertencerem ao Ministério Público da União, são chefiados por Procurador-Geral de Justiça. A respeito disso, na lição Hugo Nigro Mazzilli, em função de uma letra constitucional mal sistematizada, ocorreu verdadeira impropriedade técnica, acarretando com isso que “o chefe do Ministério Público da União, que também compreende o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, é o Procurador-Geral da República; entretanto, o Ministério Público do Distrito e Territórios tem seu próprio Procurador-Geral.” Continua ele questionando sobre a vinculação administrativa do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, relativamente à sua chefia, na medida que o Texto Maior poderia sugerir a direção pelo Procurador Geral da República, e não o Procurador Geral de Justiça daquele específico Ministério Público, respondendo: “A última alternativa é a correta, porque o princípio especial excepciona a regra geral de chefia do Ministério Público da União”<sup>501</sup>. De fato, inclinamo-nos no mesmo sentido, devendo ser ressaltado que a discussão do tema e o exato posicionamento

---

<sup>500</sup> “Artigo 128. (...) § 1º - O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. (...) § 3º - Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.”

<sup>501</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 212.

desse ramo do Ministério Público é relevante para a apuração de suas atribuições em relação à educação e à cidadania.

De toda forma, também importante salientar que as chefias dessas Instituições são dos respectivos Procuradores-Gerais, quer o da República, quer os de Justiça, mas sem prejuízo da independência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo, comentada acima, a Constituição, no parágrafo 1º do artigo 128, atribui ao Presidente da República<sup>502</sup> a nomeação do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da União, dentre os membros da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. A Constituição da República de 1988 foi a primeira a exigir que o chefe da instituição fosse escolhido dentre os membros da carreira, independentemente da vontade dos membros da instituição, que continuaram a não deter o direito de escolha ou de elaboração de lista tríplice. Note-se que a nomeação pode recair em qualquer integrante do Ministério Público da União (Federal, Trabalho, Militar e Distrito Federal e Territórios).

Além disso, previu-se que a destituição do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República depende de autorização prévia da maioria absoluta do Senado Federal (art. 128, § 2º). Como já se disse, diferentemente das Cartas anteriores, a Constituição veda a demissão *ad nutum* do Procurador-Geral da

---

<sup>502</sup> Opina Hugo Nigro Mazzilli. “Que o Presidente da República escolhesse e continue escolhendo o chefe dos advogados da Fazenda Nacional, vá lá: é mais que natural e razoável que o chefe do Poder Executivo tenha à testa da advocacia da administração pessoa harmonizada com seus propósitos, ocupando cargo de sua confiança. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da escolha procedida pelos governadores em relação aos chefes locais dos procuradores fazendários. Mas, com a separação das funções de representação da Fazenda das de Ministério Público, não mais se justifica esse resquício do tempo em que o rei escolhia e demitia seus procuradores. Os Procuradores-Gerais de Justiça ou da República não mais são procuradores do rei. Devem ser escolhidos pelos integrantes da própria instituição e destituídos por eles mesmos, para só assim se alcançar a desejada e plena independência funcional, desvinculada sua escolha ou destituição de critérios políticos ou partidários que sempre informam as decisões dos governantes e dos parlamentares.” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 361).





República pelo Presidente da República, o que se revela salutar para o bom cumprimento de suas funções.<sup>503</sup>

Não deixamos de notar a existência de aparente contradição entre a forma de escolha do Procurador-Geral da República e de resto, também os Procuradores-Gerais de Justiça, ambos detentores de mandato, e a função institucional de defesa do regime democrático. Isso porque a escolha é do Presidente da República ou do Governador do Estado, conforme o caso, sem que o povo possa eleger diretamente tal autoridade. Hugo Nigro Mazzilli entende que a Constituição contém fórmula pela qual se nota participação indireta do povo na escolha, na medida que o chefe do Poder Executivo foi diretamente eleito, não se podendo deixar de reconhecer uma legitimação indireta. Por outro lado, grave a advertência do autor:

“Entretanto, em que pese essa vantagem, no mais, há sérios riscos e desvantagens com a solução encontrada, por permitir que o governante escolha aquele que, em tese, terá o poder de fiscalizar os atos de improbidade do próprio governante. Por isso, diante das evidências de que o Procurador-Geral é o calcanhar de Aquiles do Ministério Público, a Constituição de 1988 assegurou as primeiras garantias àquele que concentra nas mãos o poder de desfechar a acusação penal pública contra os mais altos governantes e funcionários da Administração – e que até antes de 1988 era nomeado e demitido *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo. Isso viabilizou que, poucos anos depois, o primeiro Procurador-Geral da República, já investido sob o novo sistema, propusesse a única ação penal pública da história do país contra um Presidente da República em pleno exercício do cargo.”<sup>504</sup>

Na realidade, a Constituição adotou um sistema misto, não repetindo a fórmula da nomeação direta pelo Presidente da República, e que representa, por outro lado, a possibilidade de demissão *ad nutum*, mas também não contemplou um afastamento total do chefe do Poder Executivo, detentor do mandato pela vontade popular, no processo de escolha. Se de um lado é interessante a escolha do

---

<sup>503</sup> Segundo Hugo Nigro Mazzilli: “Absurdamente, pois, até há bem pouco tempo, o chefe do Ministério Público era demissível *ad nutum*, princípio este de que não abriam mão os governantes, que não queriam perder o direito de *escolher* e – principalmente, é lógico – de poder *demitir* aquele que teria em tese o dever de acusá-los (*et pour cause...*).” (*Regime jurídico do Ministério Público*, p. 360).



Procurador-Geral da República ou de Justiça tão somente pelos integrantes do Ministério Público, dado o grau de liberdade e independência que certamente seria conferido pelo sistema, por outro lado, é necessário que o povo o escolha, ainda que por via transversa. A despeito de entendermos que o povo deve participar de forma mais ativa na formulação das diretrizes e objetivos do Ministério Público, cremos acertada a opção da Constituição, pois representa a adoção de verdadeiro mecanismo de *freios e contrapesos*, até porque o próprio Legislativo federal participa do processo de escolha, ao menos do caso do Procurador Geral da República, cabendo ao Senado aprovar o indicado, como determina o parágrafo 1º do artigo 128 da Constituição. Realmente, nos parece salutar que o Senado, e via de consequência os Estados, participe da escolha daquele que chefiará instituição cujas graves incumbências constitucionais exige pessoa afinada com os anseios da nação. Igualmente, a destituição do Procurador Geral da República exige a aprovação do Senado, como quer o parágrafo 2º do artigo 128 da Lei Maior.

Por seu turno, o Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público Estadual, também é nomeado pelo Chefe do Poder Executivo do Estado (Governador), no entanto, diferentemente do sistema constitucional de nomeação do Procurador-Geral da República, a escolha deverá recair em um dos três integrantes da carreira eleitos em lista tríplice. O mandato do chefe do Ministério Público Estadual é também de dois anos, no entanto a Constituição restringe a possibilidade de recondução para apenas uma.

O sistema de destituição do Procurador-Geral dos Estados e do Distrito Federal e Territórios difere daquele trazido para a Constituição, no que toca ao Procurador-Geral da República. Com efeito, o chefe do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios pode ser destituído por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar estadual respectiva (art. 128, § 4º da CF).

---

<sup>504</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 227.

Tão importante a função de chefe do Ministério Público que, reiterando a garantia da autonomia institucional, o artigo 128, parágrafo 5º, atribui a iniciativa das leis complementares da União e dos Estados ao Procurador-Geral da República e ao Procurador-Geral de Justiça, respectivamente, que versem sobre a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, respeitadas as garantias e vedações adiante comentadas. Em cumprimento a esse dispositivo constitucional, promulgaram-se a Lei Complementar n. 75/93, que trata do Ministério Público da União, e a Lei n. 8.625/93, chamada de Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Complementar paulista n. 734/93 versa sobre o Ministério Público do Estado de São Paulo.

Pode-se verificar que a Constituição cometeu ao Ministério Público um novo e especial regime jurídico, com garantias à altura das funções determinadas. A isso se somam as leis orgânicas, que fazem do *Parquet* um órgão independente e capaz de dar concretude aos direitos fixados na Lei Maior. Os instrumentos jurídicos existem e estão à disposição, cabendo ao Ministério Público, particularmente em relação à educação, buscar medidas do Poder Público que tornem concreto esse direito fundamental.

#### **5.4 Ministério Público: o artigo 205 da Constituição e a defesa do direito à educação**

Vimos até aqui o conceito de *educação*, bem como o direito fundamental à educação positivado no artigo 205 da Constituição, além da cidadania e o Ministério Público. A partir do estudado, podemos afirmar que a educação é a base do desenvolvimento do ser humano e condição para o exercício da cidadania. Também verificamos que a cidadania revela aspectos político e civil, neste incluído o exercício dos direitos sociais, dos quais a educação é um dos componentes. Além

disso, o próprio artigo 205 da Constituição aponta a estreita ligação entre a cidadania e a educação, ao dispor que esta deve visar o preparo da pessoa para o exercício daquela.

Com relação a quem foi dirigida a determinação constitucional, o mesmo artigo 205 dispõe que a educação “direito de todos e dever do *Estado* e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. A isso se soma a norma do artigo 227, segundo a qual “é dever da família, da sociedade e do *Estado* assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação”, dentre outros. A repetição do dever cometido ao *Estado* em relação à educação, afastando qualquer dúvida sobre a importância dada pela Constituição a essa obrigação, nos leva a estudar a abrangência do vocábulo. É necessário pois, *atribuir*<sup>505</sup> um significado ao termo *Estado*, relativamente à educação.

É preciso levar em conta que o Estado é ente jurídico nascido com a Constituição, possuindo dimensão distinta para cada caso, se considerados os seus específicos órgãos. Daí as dificuldades de conceituá-lo, tal como reconhecido por Santi Romano, para quem:

“O conceito de Estado é um dos mais controvertidos da hodierna ciência publicística, não só porque se compreende entre outros não menos incertos, mas também, e principalmente, pela sua complexidade, o que dificulta o conhecimento de todas as suas notas essenciais. Esta dificuldade resulta claramente do desenvolvimento da doutrina que a ele se refere, pois esta teve necessidade de uma lenta e árdua integração para

<sup>505</sup> Para José Joaquim Gomes Canotilho, “*realizar a constituição* significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição”. Ainda segundo esse autor, “interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição, com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundada”. (*Direito constitucional*, p. 201). Já para Konrad Hesse, concretizar é mais que interpretar, pressupondo considerar o texto e o contexto. O intérprete deve buscar *el cometido* da operação interpretativa. Segundo ele: “*El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.*” (*Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 37).



conseguir construí-lo, deriva ainda da própria terminologia com que aquele conceito às vezes vem expresso, traduzindo-lhe incompleta ou aproximadamente os vários aspectos.”<sup>506</sup>

Essa dificuldade faz com que, como regra, identifique-se o Estado apenas por seus órgãos mais conhecidos, notadamente os representativos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, traduzindo visão amesquinhada do ente estatal. Por sua amplitude, ficamos com o já mencionado conceito de Estado que é dado por Dalmo Dallari, para quem é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”<sup>507</sup>. Por outra, revelando a preocupação de ampliar o sentido dado ao conceito, Santi Romano afirma que “de uma forma lapidar, a definição do Estado mais ampla e sintética que se pode formular é a seguinte: ‘é Estado toda ordenação jurídica territorial soberana, isto é, originária’. O termo ‘ordenação jurídica’, quando for conveniente ressaltar mais explicitamente certos aspectos, pode ser substituído por outros, substancialmente equivalentes, como ‘ente’, ‘comunidade’ ou ‘instituição’.”<sup>508</sup> Como se nota, a abrangência do conceito impõe a necessidade de aprofundamento, pois pensamos ser necessário afirmar que o *Estado* referido na Lei Magna não está adstrito aos clássicos Poderes mencionados, dado que abrange o Ministério Público, ao qual cabe, na sua esfera de atribuições, buscar a concretização do fundamental direito à educação, dentre outras relevantes funções. Com efeito, o Ministério Público nascido com a Constituição de 1988 é substancialmente diverso daquele existente na ordem constitucional anterior, agora possuindo regime jurídico próprio e graves funções, dentre as quais se destacam a de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição.

Como dissemos, o Ministério Público é ente estatal sem qualquer subordinação aos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário. Seu desenho institucional está na Seção I do Capítulo IV – Das funções essenciais à Justiça,

<sup>506</sup> ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. 2. ed. riv. Milano: Giuffrè, 1947. p. 45

<sup>507</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, 23. ed., 2002, p. 118.

dentro do Título IV – Da organização dos Poderes. Por certo que não será apenas isso o demonstrativo de sua desvinculação dos demais Poderes, todavia, sem dúvida, auxilia na compreensão do *status* que lhe foi atribuído. No exercício de suas funções, o *Parquet* não deve obediência a qualquer autoridade, senão à Constituição e às leis, cabendo-lhe justamente defender a ordem jurídica, ou seja, aquilo que prescrito na própria Constituição e nas leis, inclusive podendo voltar-se contra quem quer que seja, ou qualquer dos Poderes. Essa a razão da existência das garantias da Instituição e de seus membros.

No que pertine à obrigação de intervenção do Estado na realização dos direitos sociais, estamos com Motaury Ciocchetti de Souza, que estudou a mesma questão, mas sob o prisma do dever de proteção ambiental determinado no artigo 225, *caput* da Constituição. Como ele observa, quanto ao direito ao meio ambiente hígido, a obrigação é tanto do Poder Público quanto da comunidade, havendo obrigações cometidas ao primeiro nos parágrafos do artigo citado. Sendo assim:

“Visando a garantir a eficácia do direito social inserto no *caput*, estipula a Constituição, no parágrafo 1º do artigo 225, algumas obrigações cometidas ao Poder Público, (...).

O Estado ganha, assim, deveres específicos impostos pelo legislador constituinte, enquanto para a sociedade, num primeiro momento, sobram obrigações genéricas, que vão materializar-se na esfera infraconstitucional.

Temos, aqui, o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal em sede de meio ambiente.”<sup>509</sup>

Embora tratando de direito diverso do enfocado neste trabalho, também enxergamos tal princípio em relação ao direito à educação, direito social que é. Todavia, visualizamos obrigações cometidas ao Poder Público, mas também ao próprio Ministério Público, integrante do Estado e a quem a Constituição determinou o dever de oferecer a educação. Sendo assim, a obrigação do Estado em relação à educação não está adstrita aos tradicionais poderes, e nem muito menos ao Ministério da Educação, ao Conselho Nacional de Educação, às Secretarias de

---

<sup>508</sup> ROMANO, Santi, op. cit., p. 71.

Educação e Conselhos de Educação, estaduais ou municipais, indo além, para abranger um outro ente também estatal, mas cujo dever constitucional é o de defender a ordem jurídica e assegurar o respeito do próprio Poder Público aos direitos assegurados na Lei Maior.

Evidentemente que, em relação ao meio ambiente, poucos chegariam a questionar o poder/dever do Ministério Público em protegê-lo, dada a clareza da norma do inciso III do artigo 129 da Constituição. No que diz respeito à proteção do direito social à educação, todavia, não houve tamanha explicitação quanto ao papel do Ministério Público, obrigando à construção de interpretação constitucional sobre seu papel. Deve ser ressaltado que em nenhum momento sequer pensamos em comparar a relevância desses direitos sociais – educação e meio ambiente hígido –, mas é fato que a falta de explícita norma constitucional (e até mesmo infraconstitucional) tem levado o Ministério Público a estar relativamente distante das questões educacionais, às quais se deve atribuir valor excepcional, até mesmo para a concretização de todos os demais direitos, inclusive um meio ambiente saudável.

A intervenção ministerial reclamada está longe de se limitar a uma ou outra ação específica, tais como atuar em relação a uma ou outra criança ou adolescente ausente da escola, ou a obrigar o Poder Público a arrumar vaga em creche ou em escola do ensino básico. Não. O Ministério Público precisa cumprir seu papel de forma muito mais abrangente, cobrando posturas do Poder Público, da família e da sociedade, auxiliando no desenvolvimento de políticas públicas educacionais e exigindo suas implementações, fiscalizando a qualidade do ensino oferecido e, de uma maneira geral, exigindo o cumprimento da norma que definiu a criança e o adolescente como prioridades, acima de todas as demais. O *Parquet* deve deixar de atuar somente *a posteriori*, ou seja, em relação às consequências, passando para

---

<sup>509</sup> SOUZA, Motaury Ciochetti de. *Interesses difusos em espécie*: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 20.

uma postura pró-ativa, de opinar, auxiliar e exigir antes, sempre visando o interesse público e a concretização do direito fundamental à educação.

O Estado a que se refere o artigo 205 da Constituição não se limita ao Poder Legislativo ou Executivo, incluindo todos os órgãos que o compõem. O Ministério Público, tanto quanto os demais entes integrantes do Estado, e igualmente em relação à proteção do meio ambiente, por exemplo, deve atuar na causa também, o que provavelmente diminuirá a necessidade de sua intervenção em relação à conseqüências da má condução da educação. O direito fundamental à educação está positivado, a estrutura organizacional do Ministério Público é compatível e os meios instrumentais exigidos existem e estão cuidadosamente elencados na Constituição e nas leis. É preciso, então, bem utilizá-los.

Estudada a instituição Ministério Público, bem como suas principais atribuições, é o caso de avançarmos para, especificando suas potenciais contribuições, verificar como a Instituição pode/deve atuar na defesa do direito à educação. Para tanto, não podemos deixar de voltar às considerações que fizemos sobre a própria educação, os direitos fundamentais e a cidadania, procurando buscar proposta de atuação ampla, inclusive de *lege ferenda*, se o caso. As propostas ou sugestões de atuação não obedecem a nenhuma ordem de preferência ou de importância, até porque, em termos de defesa de tão relevante direito, tudo é importante e necessário. Por outro lado, são medidas relacionadas ao Ministério Público como instituição, podendo ser legitimado o Ministério Público Federal, ou o Estadual, o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República, ou ainda qualquer de seus membros. Nosso objetivo não é esgotar as possibilidades de atuação, mas elencar aquelas que se nos apresentam e se mostram factíveis. O fato é que a defesa do direito à educação precisa sair da retórica e passar para a prática,



trazendo consigo a carga de priorização determinada pela Constituição<sup>510</sup>, no caso de relação com a criança e o adolescente, como veremos.

Embora não seja a única via de atuação, mas certamente a mais relevante, entendemos deva o Ministério Público buscar o provimento jurisdicional necessário, trazendo o Judiciário para a luta pela concretização do direito fundamental à educação. Mônica Sifuentes também defende uma maior participação do Judiciário na luta pela efetivação dos direitos sociais, e particularmente o direito à educação. Depois de comentar caso ocorrido em 1954 e decidido pela Suprema Corte norte-americana, que tratava de discriminação racial em escolas norte-americanas, tendo um grupo de crianças recorrido ao Judiciário para pedir amparo à Justiça, com a finalidade de obter o direito de acesso às escolas públicas da comunidade, até então freqüentadas apenas por crianças brancas (*Brown vs. Board of Educacion of Topeka*), afirma a autora que “o papel da Suprema Corte americana na efetividade do direito à educação leva-nos a refletir sobre o Poder Judiciário no Brasil e se ele poderia ter uma postura mais ativa na efetivação desse direito fundamental. No tocante à educação, a Constituição de 1988 atribui ao acesso ao ensino fundamental a categoria de direito subjetivo público (art. 208, § 1º) – o que significa que lhe conferiu a possibilidade de acionamento direto, independentemente de norma infraconstitucional”<sup>511</sup>. Achamos que essa deva ser a postura do Judiciário em relação aos direitos sociais, cabendo ao Ministério Público dar início à ação, privilegiando a atuação em nome do coletivo, embora não se desdenhe da necessária proteção dos direitos individuais indisponíveis. Um *Parquet* atuante, combinado com um Judiciário receptivo à sua função de garantir direitos, certamente traria auspiciosos resultados para a sociedade. Urbano Ruiz, no mesmo sentido, entende que “o caminho é o das ações coletivas. É necessário explorar melhor esse

---

<sup>510</sup> “Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”



instrumento a serviço do povo, democratizando o Judiciário de modo a fazer dele um serviço público. Por meio de tais ações, é possível, por exemplo, fazer com que o administrador crie vagas no ensino de primeiro grau, que melhore o transporte coletivo, amplie a distribuição de remédios e serviços de saúde aos carentes, entre outras providências”<sup>512</sup>. De fato, é preciso cada vez mais buscar o Judiciário para que imponha ao Poder Público o dever de implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos sociais, restando ultrapassado o entendimento segundo o qual seriam discricionárias tais providências. E continua o autor, após historiar alguns casos:

“Esses fatos mostram a possibilidade de utilização do Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram deveres, que tomem atitudes em prol da cidadania. Também servem para mostrar que o juiz deve ser visto pelo cidadão como um garantidor de direitos. Se modernamente o Estado deve ser encarado como um implementador de políticas públicas, de modo a construir uma sociedade mais justa, igual e solidária, que tenha por meta a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º da CF), é possível exigir judicialmente que os administradores públicos implementem medidas ou políticas que permitam vida mais digna e justa a cada brasileiro.”<sup>513</sup>

Como se vê, o Estado a que se refere a Constituição nos artigos 205 e 227 só pode ser interpretado em sentido amplo, incluindo todas as suas instituições, no dizer de Santi Romano, fazendo do Ministério Público uma delas. O Estado tem a obrigação jurídica em relação ao direito à educação, devendo atuar pelos seus tradicionais Poderes Legislativo e Executivo, notadamente pelos órgãos estatais próprios, tais como o Ministério da Educação, as Secretarias de Educação e seus respectivos Conselhos de Educação. Não menos verdade é que o Ministério Público – igualmente ente estatal – está obrigado a acionar o Poder Judiciário para buscar a concretização dos direitos sociais, inclusive o direito à educação, caso se constate

<sup>511</sup> SIFUENTES, Mônica. Direito da educação e função dos juízes. *Revista CEJ*, Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano 9, n. 31, p. 6, dez. 2005.

<sup>512</sup> RUIZ, Urbano. A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 6, n. 1, p. 12, jul./dez. 2005.

<sup>513</sup> *Ibidem*, p. 15.

desrespeito. Portanto, a um só tempo o Estado aciona (pelo Ministério Público perante o Judiciário) e é acionado (Legislativo e Executivo, conforme o caso). Importante que tal possibilidade exista, na medida que há reconhecida dificuldade dos particulares atuarem contra o Estado, devendo mesmo um de seus próprios braços ser utilizado para obrigá-lo a adimplir seus deveres constitucionais, máxime com a educação.

Visto isso, podemos enunciar algumas possibilidades de atuação, começando pela contribuição a ser dada pelos Ministérios Públicos na formulação da política educacional. Segundo o artigo 211 da Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão seus sistemas de ensino em regime de colaboração. Como vimos, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional disciplinou o assunto nos artigos 8º a 20, cabendo ressaltar que a Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei n. 9.131, de 24 de novembro de 1995, tratou das competências do Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Educação. Os Estados e Distrito Federal, além de um grande número de Municípios, possuem Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais, com previsão em suas Constituições e Leis Orgânicas. No Estado de São Paulo, o Conselho Estadual de Educação encontra previsão constitucional nos artigos 238 a 243, cuja regulamentação se dá pela recepção da Lei estadual n. 10.403, de 6 de julho de 1971. Notamos que, nesses dois casos, a escolha dos conselheiros é feita pelo Presidente da República<sup>514</sup> e pelo Governador do Estado<sup>515</sup>, no primeiro caso

---

<sup>514</sup> Lei n. 4.024/61: “Artigo 8º - A Câmara de Educação Básica e a Câmara de Educação Superior serão constituídas, cada uma, por doze conselheiros, sendo membros natos, na Câmara de Educação Básica, o Secretário de Educação Fundamental e na Câmara de Educação Superior, o Secretário de Educação Superior, ambos do Ministério da Educação e do Desporto e nomeados pelo Presidente da República. § 1º - A escolha e nomeação dos conselheiros será feita pelo Presidente da República, sendo que, pelo menos a metade, obrigatoriamente, dentre os indicados em listas elaboradas especialmente para cada Câmara, mediante consulta a entidades da sociedade civil, relacionadas às áreas de atuação dos respectivos colegiados.”

<sup>515</sup> Lei estadual n. 10.403/71: “Artigo 5º - O Conselho Estadual de Educação será constituído por vinte e quatro membros nomeados pelo Governador, escolhidos entre pessoas de notório saber e experiência em matéria de educação, observada a devida representação dos diversos graus de ensino e a participação de representantes do ensino público e privado.”



observando-se que, pelo menos a metade, deve recair sobre indicações das Câmaras do Conselho Nacional de Educação; em relação ao Conselho Estadual paulista, a nomeação é de livre escolha do chefe do Executivo, apenas devendo ser observada uma certa proporcionalidade entre representantes do ensino público e privado, além dos diversos níveis de ensino. Nota-se que, exceção feita aos Secretários de Ensino Fundamental e de Ensino Superior, relativamente ao Conselho Nacional, não há previsão das chamadas cadeiras institucionais, ou seja, aquela determinada vaga prevista para o representante de uma instituição qualquer. Nessa categoria se encontram, a título exemplificativo, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, o Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA (de São Paulo), o Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária (de São Paulo), o Conselho Penitenciário, tanto nacional como o estadual de São Paulo, além do Conselho Estadual incumbido de gerir o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, conforme a Lei n. 6.536, de 13 de novembro de 1989, e que prevê a participação de representantes do Ministério Público do Estado de São Paulo, em obediência ao disposto no artigo 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplinadora da ação civil pública. Em todos esses casos, estão previstos em sua composição um ou mais representantes do Ministério Público, seja o da União ou dos Estados, indicados por seus órgãos de administração superior e nomeados pelo Presidente da República ou Governador do Estado, dependendo da hipótese. Pensamos que – em tese – essa é a melhor forma de participação do membro do Ministério Público nesses órgãos; de resto, entendimento aplicável a todos os integrantes desses Conselhos, dada a maior liberdade de atuação do profissional, caso a indicação para a nomeação seja da própria instituição de origem, sem injunções políticas. Obviamente que, no caso dos Conselhos de Educação mencionados, há que se alterar a lei regulamentadora, mas fica desde já a sugestão. Um outro caso em que não está prevista a participação do Ministério Público, mas seria de todo desejável, é a dos Conselhos de acompanhamento do FUNDEF – previstos na Lei n. 9.424, de 24 de dezembro de 1996, tendo o da União

previsão no artigo 4º, inciso I, dos Estados e Distrito Federal nos incisos II e III, e dos Municípios no inciso IV, todos do mesmo artigo. Trata-se de conselhos cujo mister é de extrema relevância – fiscalização dos gastos na educação, bem como do número de efetivas matrículas, evasão escolar, dentre outras atribuições – mas que não consideram a contribuição potencial do órgão ministerial, às vezes o único totalmente desvinculado de injunções políticas naquela pequena Comarca ou Município. Também não descaramos que a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC n. 75/93) traz interessante regra de acompanhamento de sessões de órgãos colegiados administrativos<sup>516</sup>, que por todas as razões deve ser melhor aproveitado, pois da mera observação também pode o órgão ministerial tomar providências posteriores.

Dito isso, voltemos ao tema *participação do Ministério Público na formulação da política educacional*. Com efeito, o Ministério Público não só pode como deve participar como conselheiro, levando o pensamento institucional para o interior desses órgãos dos sistemas educacionais. Vemos como relevante a contribuição do Ministério Público nesse campo, pois a visão daquele que milita nas lides forenses, nas ações civis públicas ou nos inquérito civis, é bastante diferente dos que vêem o direito à educação quase que totalmente numa perspectiva pedagógica, voltada ao ensino, prioritariamente. Além disso, a prática profissional acaba auxiliando na compreensão e interpretação da norma, bem como na sua elaboração, atividade fundamental dos Conselhos de Educação, quer o nacional, quer os estaduais ou municipais, respeitada a divisão em sistemas. Com efeito, cabe aos Conselhos normatizar a atividade educacional, atento às constantes necessidades de mudanças, impulsionadas pelas próprias fixações de políticas

---

<sup>516</sup> “Artigo 6º - Compete ao Ministério Público da União: (...) § 1º - Será assegurada a participação do Ministério Público da União, como instituição observadora, na forma e nas condições estabelecidas em ato do Procurador-Geral da República, em qualquer órgão da Administração pública direta, indireta ou fundacional da União, que tenha atribuições correlatas às funções da Instituição. § 2º - A lei assegurará a participação do Ministério Público da União nos órgãos colegiados estatais, federais ou do Distrito Federal, constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da Instituição.”

públicas de um ou outro governo. Também poderá o membro do Ministério Público oficiante nesses conselhos exercer a importante função de fiscal da lei, em defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais.

O fundamento constitucional para essa atuação está no inciso IX do artigo 129 da Constituição<sup>517</sup>, já comentado e que é embasamento para a atuação nos demais Conselhos mencionados acima, a título exemplificativo. Essas funções, relacionadas que são ao direito fundamental à educação, recomendam a atuação ministerial, ainda que estejam longe das lides forenses propriamente ditas. O Ministério Público vem procurando atuar de forma pró-ativa na formulação de políticas públicas na área da segurança pública, política penitenciária, meio ambiente e direitos dos idosos, a título de exemplos, por tudo indicando que o caminho da colaboração nos Conselhos de Educação é acertada. Entendemos que não basta a Instituição agir *a posteriori*, mas sim auxiliando para que as políticas públicas sejam acertadas e alcancem os objetivos, garantindo o fundamental direito à educação. Não é demais lembrar que defender a ordem jurídica, como dispõe o artigo 127 da Constituição, significa mais que punir o descumprimento da lei, mas velar para que as regras sejam efetivamente respeitadas, atuando para prevenir o ilícito e evitar o dano.

A atuação ministerial na atividade-fim, seja pelo atendimento ao público, investigações em inquéritos civis e proposituras de ações civis públicas, quanto à educação, exige conhecimento específico da área, dada a gama de normas, órgãos de gestão educacional, técnicas de ensino, etc. Um provável desconhecimento dos membros do Ministério Público de todo o sistema educacional pode justificar o número relativamente pequeno de atuações nesse campo, limitando-se as ações civis propostas a buscar o número de vagas ideal ou imposição dos pais em matricular e manter seus filhos na escola. Pensamos que a atuação está longe das potencialidades

---

<sup>517</sup> “Artigo 129 - São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

da Instituição e, sobretudo, das necessidades, ante as conhecidas deficiências apresentadas no campo educacional. Daí a necessidade de especialização dos profissionais.

Com efeito, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12.2.1993), bem como a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (LC n. 734, de 26.11.1993), a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, além da própria Constituição e da Lei de Ação Civil Pública, mencionam áreas de atuação do *Parquet*. A Lei Maior fala em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Depois complementa, trazendo como funções institucionais o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, integrando com a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. A Lei de Ação Civil Pública fala em meio ambiente, consumidor, ordem urbanística, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, infração à ordem econômica e da economia popular, além de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Na mesma linha estão as Leis Orgânicas Nacional e Estadual paulista. Em nenhuma delas a educação é mencionada. Apenas a Lei Complementar n. 75/93 é que traz expressa menção ao direito à educação<sup>518</sup>. Isso tudo acabou por influenciar a própria organização dos Ministérios Públicos, que contam há muito tempo de áreas especializadas ou Promotorias de Justiça do Consumidor, Cidadania, Meio Ambiente, Urbanismo, Saúde, dentre outras, mas pouco se vê numa especialização na relevante matéria da Educação. Esse equívoco precisa ser corrigido rapidamente, instituindo-se Grupos de Atuação Especial ou Promotorias de Justiça da Educação, nas quais se concentraria toda a temática

<sup>518</sup> “Artigo 5º - São funções institucionais do Ministério Público da União: (...) II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: (...) d) à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; III - (...) V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: a) aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação;” (grifamos).

pertinente, com a vantagem de poder contar com profissionais especializados que, ao menos em tese, teriam melhores condições de atuar na defesa desse fundamental direito. É necessário ainda reciclar os profissionais escolhidos para desempenhar essas funções, podendo ser realizados cursos específicos pela Escola Superior do Ministério Público, ou órgão correlato. Reafirmamos que a matéria envolvida com o direito à educação é ampla e envolve conhecimentos não tão difundidos, até por conta da especificidade, mas que precisam ser enfrentados, para que o Ministério Público cumpra sua função constitucional à altura da importância do direito à educação.

De toda forma, o Ministério Público deve se dedicar à fiscalização no campo educacional, de forma ampla e começando pelo orçamento público, porque o artigo 212 da Constituição impõe obrigação da União aplicar pelo menos dezoito por cento da receita resultante de impostos, bem como os Estados, Distrito Federal e Municípios não menos de vinte e cinco por cento, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Os parágrafos seguintes ao *caput* do artigo 212 de alguma forma disciplinam essa obrigação, excluindo do cálculo os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde, priorizando o ensino fundamental<sup>519</sup>. É possível ainda transferir recursos para escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, na forma de bolsas para o ensino fundamental e

---

<sup>519</sup> O Supremo Tribunal Federal deu provimento a recurso extraordinário (RE n. 190938/MG, j. 14.3.2006), interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais contra acórdão que havia julgado extinta, sem julgamento de mérito, ação civil pública aforada com o objetivo de condenar Município a incluir em sua lei orçamentária o percentual correspondente à diferença entre os valores aplicados em exercícios pretéritos e os 25% mínimos exigidos pelo artigo 212 da Constituição Federal na manutenção e desenvolvimento do ensino, por entender que essa seria inadequada ou desnecessária para os fins pretendidos, e ainda que o pedido seria juridicamente impossível. Tendo em conta que a ação tinha por objeto interesse social indisponível, asseverou-se que compete ao *parquet* a sua defesa e que o fato de o descumprimento do disposto no citado artigo (“A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”) poder implicar a intervenção estadual no Município (art. 35, III, da CF) não torna juridicamente impossível o pedido formulado na ação, nem retira a legitimação ativa do Ministério Público, sendo a intervenção ato político que deve ser evitado. O recurso foi provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública perante o Poder Judiciário de Minas Gerais. (Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>).





médio, caso se note falta de vagas na rede pública. A despeito dessas disposições, algumas dessas pessoas políticas deixam de aplicar os recursos constitucionalmente vinculados para a educação, ou pior ainda, incluem no valor despendido despesas não compreendidas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, em franca contrariedade ao disposto nos artigos 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional<sup>520</sup>. Os Tribunais de Contas, tanto da União como dos Estados e Distrito Federal, bem como dos Municípios que os possuem, têm fiscalizado e desaprovado as contas, no caso de desatendimento ao disposto na Constituição. O Tribunal de Contas da União, tendo em conta o artigo 212 da Constituição, bem como o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, além da Lei n. 9.424, de 20 de dezembro de 1996, baixou a Instrução Normativa n. 36, de 6 de setembro de 2000, considerando ainda disposição contida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu artigo 73, que determina prioridade no exame das contas relativas aos gastos mínimos fixados. Também o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou norma pertinente, tratando-se da Instrução n. 1/2002, cujos artigos 9º a 11 tratam da aplicação mínima dos recursos na educação. Em relação aos Municípios, a Corte de Contas paulista editou a Instrução n. 2/2002, dispondo nos artigos 7º e 8º sobre o mesmo assunto. Não obstante isso, deve o

<sup>520</sup> “Artigo 70 - Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar. Artigo 71 - Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social; V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.”



Ministério Público fiscalizar não só os gastos, mas a própria questão de fundo, é dizer, quais despesas podem ser incluídas naquela rubrica orçamentária, promovendo as medidas judiciais cabíveis, caso o entendimento dos Tribunais de Contas eventualmente não satisfaçam ao mandamento constitucional. A título exemplificativo, poder-se-ia questionar a legitimidade de despesa concernente ao pagamento de pessoal inativo, despesas com atividades esportivas ou culturais, etc., caso fossem incluídas na somatória para atingir o mínimo constitucional. Cumpre ressaltar, nesse particular, que a Constituição Estadual paulista determina em seu artigo 255 que o Estado aplicará anualmente não menos de trinta por cento da receita proveniente de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental. Dispõe o parágrafo único desse artigo que lei definirá as despesas que se caracterizem como manutenção e desenvolvimento do ensino. Essa lei, todavia, não foi editada até o momento, urgindo o encaminhamento de sugestão de projeto de lei nesse sentido, aos parlamentares e ao próprio Executivo, podendo o Ministério Público colaborar nesse sentido, ou ainda, se entendido cabível, impetrar mandado de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, prevista como atribuição do Procurador-Geral de Justiça nos incisos III e VI do artigo 116 da Lei Complementar n. 734/93. Bem de ver que as atribuições relativas à fiscalização, hoje relacionadas ao FUNDEF, continuarão a serem exigidas se aprovado o FUNDEB, dada a proximidade da essência de ambos, justificando ações concentradas nesse particular.

A perfeita alocação dos recursos públicos, onde e da forma mais adequada, é matéria que a doutrina tem deixado ao poder discricionário dos governantes. O Judiciário, de igual forma, escapa à discussão, sob a justificativa da separação dos Poderes e impossibilidade de invasão um na seara do outro. A título exemplificativo, em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, restou afirmado que “a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (obras e contratações, por exemplo), cabe, com exclusividade, ao Poder Executivo, não sendo possível ao Poder Judiciário, sob o argumento de estar

protegendo direitos coletivos, ordenar que tais atos sejam efetivados”<sup>521</sup>. Embora estejamos falando de um só julgado, possível afirmar que essa é a orientação jurisprudencial reinante. O dogma da separação de poderes parece invencível, e ingressar nos meandros do orçamento público, impossível. É do mesmo julgado a afirmação: “Deve-se, ainda, relevar que a matéria envolve questões de orçamento e disponibilidade de erário público com dotação específica para implantação de meios para a efetivação das medidas pleiteadas que, como já dito, traduziriam intromissão nos poderes administrativos do Executivo”. Não entendemos dessa mesma forma e cremos que o Ministério Público pode buscar perante o Judiciário o cumprimento da lei. Obviamente que não se trata de discutir se esta ou aquela rua deve ser pavimentada ou não. Falamos sim de preceitos constitucionais que não são meras exortações, mas comandos normativos obrigatórios. Começamos por dizer que o artigo 6º, combinado com o artigo 205, além do 208, impõe obrigação inarredável ao Poder Público de oferecer o ensino, fundamental pelo menos, na dicção do inciso I do artigo 208. Todavia, é sabido que a Constituição deve ser interpretada como um sistema<sup>522</sup>, impondo que outros dispositivos sejam igualmente considerados. Nesse passo, fora as normas infraconstitucionais, o disposto no artigo 227 da Constituição deve ser colocado em relevo, pois ao Estado cumpre assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, o direito à educação, dentre outros. Ora, se é direito de todos a educação, para as crianças e os adolescentes (a grande maioria dos destinatários) deve ser assegurado, como manda o Texto Maior. Desse modo, a progressiva universalização determinada no inciso II do artigo 208 da Constituição deve ter prioridade em relação aos demais programas governamentais, ainda que muito importantes. É nesse sentido que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>523</sup>. Bem verdade que naquele caso se discutia o oferecimento do ensino infantil pela Prefeitura de Santo André, mas de toda forma não obrigatório, se

<sup>521</sup> TJSP – EI n. 095.819-0/0-01 – Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>.

<sup>522</sup> MARTINES JÚNIOR, Eduardo, *Interpretação constitucional: a norma de decisão no caso da fixação do número de cadeiras das câmaras de vereadores*. Monografia (Conclusão de crédito em Direito Constitucional II) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

<sup>523</sup> STF – RE n. 436.996-6/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 7.11.2005.

tomado em conta que apenas o ensino fundamental possui expressa disposição nesse sentido. Se tomada em conta apenas a norma do inciso I do artigo 208, o dever do Estado com a educação estaria gizado ao ensino fundamental, mas obviamente que não é essa a melhor exegese, nem muito menos a adotada pelo Pretório Excelso. Portanto, não só o ensino fundamental, como o infantil e o médio são de oferecimento obrigatório pelo Estado, apenas podendo se falar em opção para a família do educando. Nem mesmo o ensino superior está fora desse alcance, mas aí limitado à capacidade de cada um.

Se tanto o ensino infantil, como o médio, e de resto o fundamental, por expressa imposição constitucional, incumbe à família e ao Estado, é necessário que o Poder Público se ajuste à demanda apresentada, seja por seus próprios equipamentos públicos, seja pela utilização emergencial dos recursos de terceiros. De qualquer forma, não pode é o Poder Público deixar de desincumbir-se dessa obrigação, sob a alegação de falta de vagas, ou ainda pretender fazer as crianças e adolescentes se deslocarem para locais distantes. É aí que vislumbramos a atuação ministerial.

Com efeito, o *Parquet* pode aquilatar, pelas eventuais reclamações do povo, realização de estudos específicos ou requisição de documentos, se há necessidade de novas escolas, de qualquer nível de ensino, num ou noutro bairro, encaminhando as demandas ao Poder Público, com recomendação<sup>524</sup> de providências, para sanar as deficiências. Caso isso não ocorra, deve promover a ação civil pública, com pedido de condenação em obrigação de fazer, consistente em tomar as providências para sanar as deficiências, aí consideradas as necessidades de cada caso concreto, mas sempre tendo por base de atuação o direito à educação e a obrigação de priorização da criança e do adolescente. Sobre a utilização desse instrumento, afirma Urbano

---

<sup>524</sup> A recomendação a que nos referimos é a prevista na Lei Complementar n. 75/93, *in verbis*: “Artigo 6º - Compete ao Ministério Público da União: (...) XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses,

Ruiz que “a utilização dessas ações coletivas valoriza o Judiciário, na medida em que faz dele instrumento de democratização e amplia o acesso da grande massa de excluídos àqueles serviços públicos. É preciso estimulá-las.”<sup>525</sup>

Outro mecanismo importante na coleta de informações são as audiências públicas, cuja previsão legal está no inciso IV do artigo 27 da Lei n. 8.625/93. Nessas audiências, o órgão ministerial promovente faz publicar editais, divulgando a realização do evento e chamando o público alvo. Essas discussões diretamente com o povo ou a sociedade civil organizada permitem o afloramento de questões que não seriam facilmente identificáveis, caso permaneça o órgão ministerial em seu gabinete, normalmente no fórum da cidade, local de acesso difícil às pessoas mais humildes. Daí a importância desse mecanismo.

De toda forma, se for o caso de não-oferecimento do ensino obrigatório, ou ainda sua oferta irregular, circunstâncias para as quais a Constituição prevê a responsabilização da autoridade competente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional possibilita ainda uma legitimação extraordinária, para que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou legalmente constituída, além do próprio Ministério Público, possa acionar o Poder Público competente, em ação de rito sumário e sem custas, lembrando a ação popular do inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição. Na previsão da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, há uma verdadeira ação popular educacional. Essa ação precisa ser mais bem difundida e efetivamente utilizada por todos os legitimados, inclusive o próprio Ministério Público, como forma de buscar em juízo os direitos educacionais eventualmente negados.

---

direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.”

<sup>525</sup> RUIZ, Urbano, A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas, p. 16. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, ano 6, n. 1, p. 12, jul/dez.2005.



Sério problema para todos que militam na área educacional são as faltas injustificadas e a evasão de discentes. É sabido que a Constituição impôs ao Poder Público o dever de recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, juntamente com os pais ou responsáveis, pela freqüência à escola, na dicção do parágrafo 3º do artigo 208 da Constituição. Por outro lado, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional traz disposição expressa sobre o tema, tratando-se do inciso VIII do artigo 12<sup>526</sup>, com a redação dada pela Lei n. 10.287, de 20 de setembro de 2001, que obriga os próprios estabelecimentos de ensino a notificar autoridades, dentre as quais o Ministério Público, caso o número de faltas atinja mais da metade do limite permitido pela lei. No caso, o percentual permitido de faltas é 25% do total, como dispõe o inciso VI do artigo 24 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional<sup>527</sup>, ao mencionar a obrigatoriedade de freqüência a pelo menos 75% das aulas. Então, caso um discente falte a mais de 12,5% das aulas, há obrigação do estabelecimento de ensino comunicar às autoridades. Notamos que a obrigação de comunicação pode ser direcionada a várias autoridades, razão pela qual vislumbramos a possibilidade de dispersão nas medidas potencialmente cabíveis no caso.

A violência é mazela dos tempos atuais, com causas encontráveis em diversas razões. A urbanização, a desproporcional distribuição de renda e até mesmo a própria deficiência na educação das crianças e jovens acaba por levar esse grande problema para o interior das escolas, sobretudo as da rede pública. Pensamos que o Estatuto da Criança e do Adolescente contém mecanismos eficazes para o

---

<sup>526</sup> “Artigo 12 - Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de: (...) VII - informar os pais e responsáveis sobre a freqüência e o rendimento dos alunos, bem como sobre a execução de sua proposta pedagógica. VIII - notificar ao Conselho Tutelar do Município, ao juiz competente da Comarca e ao respectivo representante do Ministério Público a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de cinquenta por cento do percentual permitido em lei.”

<sup>527</sup> “Artigo 24 - A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver; (...) VI - o controle de freqüência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a freqüência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação;”



combate à violência nas escolas, devendo o órgão ministerial promover estreito contato com as autoridades educacionais, visando auxiliar na tomada de decisões, bem como promovendo ações judiciais que levem à diminuição desse grave problema. Também pode servir de elo de ligação entre a escola e os pais, ou até mesmo com autoridades ligadas à Justiça da Infância e Juventude e à Segurança Pública.

Ainda na área da infância e juventude, pode e deve o Ministério Público ter especial atenção para com o trabalhador adolescente, conforme determina o artigo 227, parágrafo 3º, inciso III da Constituição. Naturalmente esse adolescente já encontra dificuldades pela própria condição de trabalhador, em muitos casos logo após completar a idade mínima de catorze anos, impondo uma dupla jornada de atividades, terminando com as aulas no período noturno. Nem sempre o estabelecimento de ensino com vagas disponíveis está nas proximidades da residência do adolescente, obrigando-o a enfrentar ainda mais essa dificuldade, inclusive com transporte. O Poder Público tem o dever de oferecer ensino noturno regular, adequado às condições do educando, inclusive estendendo-o aos jovens e adultos, garantindo as condições de acesso e permanência na escola, nos termos dos incisos VI e VII do artigo 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. O Ministério Público deve cumprir o papel de levantar dados relativos aos educandos-trabalhadores nas prefeituras, sindicatos, associações de classe e até nas próprias autoridades educacionais, fiscalizando e exigindo o cumprimento da Constituição, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A proteção estatal das pessoas portadores de necessidades especiais cresceu muito, notadamente a partir da Constituição de 1988. Disposições específicas sobre essa proteção, relativamente ao tema educação, são encontradas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 227 e no inciso III do artigo 208 da Magna Carta, complementadas por várias outras normas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do

Estatuto da Criança e do Adolescente, além das leis específicas e emanadas das três pessoas políticas distintas<sup>528</sup>. O tema é tormentoso e vem sendo estudado pela doutrina. Citamos neste estudo a obra de Lauro Luiz Gomes Ribeiro e que trata da educação inclusiva mencionada no inciso III do artigo 208 da Constituição, norma repetida no inciso III do artigo 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Em ambas, a tônica é o atendimento especializado à pessoa portadora de necessidades especiais – *preferencialmente* – na rede regular de ensino, informando o norte da aplicação do comando normativo, é dizer, se possível, deve haver atendimento na própria rede regular, dependendo das condições do educando. Outras leis federais podem ser mencionadas, como a Leis ns. 7.853, de 24.10.1989, 10.436, de 24.4.2002, 10.845, de 5.3.2004, dentre muitas outras – estaduais ou municipais – criando um cipoal normativo pouco respeitado. Muitas dessas leis tratam da eliminação de barreiras arquitetônicas, providência necessária e que deve ser objeto de atuação ministerial, inclusive em relação ao Poder Público, muitas vezes o primeiro a desrespeitar a proteção ao direito de acesso, conferido pela lei aos portadores de necessidades especiais.

Também deve o Ministério Público atuar na fiscalização e exigência de cumprimento da qualidade de ensino e do atendimento, quer no ensino básico, quer no superior. De fato, essa tarefa é precipuamente do Estado, por seus órgãos próprios, nos diversos sistemas. Todavia, nem sempre isso se concretiza, seja porque não há mecanismos institucionais bem definidos, seja pela falta de autoridade e até vontade política de utilização do poder de polícia inerente às atividades do Estado. O resultado é conhecido de todos, com instituições de ensino desrespeitando as diretrizes curriculares nacionais, ou a própria lei. A título exemplificativo, segundo o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição, cabe ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de

---

<sup>528</sup> Segundo reza o inciso II do artigo 23 da Constituição, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, *da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*.



ensino, significando que até mesmo nos cursos superiores deveria ocorrer essa específica educação. Embora tenha sido editada a Lei n. 9.795, de 27.4.1999, pouco se fez nesse campo, abrindo a possibilidade/necessidade de atuação do *Parquet*. Acreditamos que a atuação preconizada deve se voltar, em princípio, contra o Poder Público, que é o encarregado primeiro da obrigação de cumprir e fazer cumprir as leis e as diretrizes curriculares nacionais. Obviamente que o Ministério Público sempre deve privilegiar a atuação coletiva, ou seja, aquela que bem direcionada a um ou poucos órgãos, possa resolver a situação individual de muitos. A atuação necessária é a eficiente e eficaz, sobretudo em razão dos poucos recursos da Instituição. De toda forma, caso não se obtenha êxito com a atuação do Estado na fiscalização e exigência da qualidade de ensino, resta a alternativa da atuação direta do Ministério Público, em relação ao estabelecimento descumpridor da lei, exigindo a observância dos artigos 208 e 209 da Constituição, além de todas as demais normas, inclusive as diretrizes curriculares nacionais.

Propositadamente deixada para o fim deste exemplificativo rol de possíveis e recomendáveis atuações do Ministério Público está a defesa de um sistema de cotas para ingresso das instituições de ensino superior. Com efeito, defendemos neste estudo a adoção de critério de admissão dos egressos de escolas públicas em cotas reservadas, nos vestibulares das instituições públicas de ensino superior. Entendemos que as funções cometidas ao Ministério Público pela Constituição e a legislação infraconstitucional levam-no a promover a inclusão social de todos os que, por razões diversas, acabam não tendo as mesmas oportunidades dos demais integrantes da sociedade. O acesso ao ensino superior é sabidamente dificultoso, senão impossível, para aqueles que provêm da escola pública, hoje oferecendo diminuta qualidade *vis-a-vis* aquelas da rede privada. Claro que subjacente à escolha entre a escola pública e a privada está o fator econômico, ditando a regra de exclusão dos menos favorecidos da possibilidade de ingressar no ensino superior gratuito. Essa exclusão impõe um caminho para os menos afortunados, privando-os do acesso à educação e impondo-lhes limitações para galgarem melhores empregos



e colocações na sociedade. Assim ocorrendo, a educação até então ministrada não estará cumprindo a função de qualificá-lo para o trabalho, como quer o artigo 205 da Constituição. Também é possível afirmar que os objetivos da República Federativa do Brasil estarão sendo atingidos se conseguirmos incluir os menos afortunados no seio da sociedade, permitindo-lhes concorrer com iguais oportunidades com todos os demais. A construção de uma sociedade justa e solidária, desenvolvimentista e com redução das desigualdades sociais e regionais certamente passa pela inclusão social, nos mais variados campos, devendo o Ministério Público atuar ativamente nesse sentido.

O Ministério Público, ente estatal desvinculado de qualquer dos tradicionais Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – reúne as condições necessárias para atuar livremente na busca da concretização do direito à educação, inclusive voltando-se contra o próprio Estado que integra. É necessário todavia aparelhar-se e organizar-se de modo adequado para desincumbir-se das graves funções que lhe foram cometidas pela Constituição. Muitas dessas funções já eram tradicionalmente exercidas pelo *Parquet*, mas outras foram inauguradas na ordem constitucional vigente, carecendo de amadurecimento institucional. A luta pela concretização do direito à educação é uma delas, nem mais e nem menos relevante que outras, mas certamente imprescindível para o sucesso da atuação nas demais. A educação, tal como diz o artigo 205 da Constituição, é dever do Estado e nele se inclui o Ministério Público, a quem incumbe exigí-lo.

## CONCLUSÃO

Percorrido o caminho a que nos propusemos, podemos oferecer conclusões sobre o estudo desenvolvido, bem como respostas às indagações propostas. Assim, pode-se dizer que a *educação* é atualmente objeto de estudo de mais de um campo da Ciência, deixando seu ramo específico para ingressar nos domínios do Direito. Por enquanto, está inserida no Direito Constitucional, notadamente porque é na Constituição que se encontram as raízes desse *fundamental direito do ser humano*, o direito à educação (art. 6º e depois nos arts. 205 e seguintes, basicamente). A *educação* é uma sucessão de atos sociais, com o indivíduo recebendo influências e, igualmente, influenciando, as aprimorando e as devolvendo à sociedade. É, portanto, transformado e agente de transformação. Assim as novas gerações são preparadas para substituir as adultas que – paulatinamente – se retiram das funções ativas da sociedade, permitindo a conservação, o aprimoramento e a transmissão do conjunto de valores e formas comportamentais adequadas à vida social, a que chamamos de cultura.

A função da educação é formar seres humanos integrados à sociedade, preparando-os para agir conscientemente frente às já conhecidas e também a novas situações, capacitando-os a enfrentá-las e dar adequadas respostas às novas exigências. A educação permite-nos descobrir valores perenes, ajuda-nos a abrir caminhos para escolher o melhor, tendo como base o respeito ao nosso semelhante. Sem cultivar os princípios da educação, os nossos problemas individuais e coletivos tendem a crescer. Com a educação, a criança ou o jovem descobrem valores que surgem com a investigação e a pesquisa, na busca do conhecimento, ponto de partida para o respeito e a responsabilidade com a vida. Para atingir os seus objetivos, o ser humano necessita do próprio esforço, para conseguir o melhor de si, para chegar ao conhecimento que lhe possa abrir horizontes para a compreensão do mundo que o cerca. As etapas para atingir esse conhecimento são os exercícios da mente e do espírito, para posteriormente saber o que é conveniente para o seu país e,



conseqüentemente, para ele mesmo. O ensino, por seu turno, deve ser entendido como instrução, ou como ação de ensinar, mas também não é mera repetição ou retransmissão daquilo que aprendemos, pois sempre haverá troca, com o sujeito aprendente também ensinando a quem ensina.

As bases da educação atual estão muito mudadas, tirando o educando da passividade até então reinante, colocando-o em posição de aprender a conhecer, a buscar sempre o conhecimento e ver o processo educacional sem um ponto final definido. Deve ainda aprender a fazer, preparando-se para os constantes avanços tecnológicos e as necessidades de adaptação às novas formas de trabalho, garantindo seu ingresso e permanência no mercado de trabalho. Deve ainda aprender a viver junto, a conviver com a diferença e compreender o semelhante, cultivando valores como a tolerância, a solidariedade e o combate aos preconceitos. Por fim, a educação deve levar o indivíduo a aprender a ser, iniciando esse aprendizado na mais tenra idade e desenvolvendo-se continuamente, conhecendo seu interior de modo a ter segurança na vida social, profissional, afetiva e espiritual. Todas as potencialidades do ser humano devem ser desenvolvidas.

A Constituição de 1988 tratou da educação de forma adequada, sobretudo considerando a complexidade do Estado moderno. Em primeiro lugar determinou, de forma inédita, que a educação é dever do *Estado* e da *família*, colocando-os em igual patamar quanto a essa responsabilidade, com a colaboração da *sociedade*. Também determinou que a educação da criança e do adolescente é prioridade absoluta, tanto para o Estado, quanto para a família e a própria sociedade, traduzindo isso não em mera fórmula vazia, mas num compromisso com o futuro, pela adequada formação das próximas gerações. O direito fundamental à educação está disposto no artigo 6º da Constituição, fazendo-o direito social. Todavia, a educação está entre os direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, razão de sua incorporação ao direito pátrio com o *status* de direito individual, inclusive sob a proteção da imutabilidade.

A organização da *educação* está em capítulo próprio do Título VIII, que trata “Da Ordem Social”, na Constituição de 1988, fixando princípios segundo os quais será ministrada, dentre eles se destacando: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, bem como a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; a gratuidade do ensino público; a valorização dos profissionais do ensino; a gestão democrática do ensino público; e a garantia de padrão de qualidade. Sobre essas bases se constrói a autonomia universitária, bem como a liberdade do ensino à iniciativa privada, condicionada todavia ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

O dever do Estado para com a educação se traduz em competências legislativas e materiais para a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual atuando em seu campo próprio e rigidamente fixado. O direito social à educação não é faculdade do Estado, ou sujeito ao seu exclusivo juízo de conveniência e oportunidade. Em realidade, o Estado tem o dever jurídico de dar concretude ao direito à educação, decidindo e implementando políticas públicas, na direção do adimplemento da obrigação constitucionalmente imposta. Sob esse prisma, previu a Constituição a divisão organizacional do ensino em sistemas, cada qual operando na sua esfera de competências. Assim, coexistem atualmente o sistema mantido pela União, os dos Estados e Distrito Federal, ao lado dos sistemas educacionais dos Municípios. Estão encarregados de formular as políticas públicas, autorizar e avaliar as instituições de ensino subordinadas, cabendo-lhes também o papel fiscalizador. Todas essas disposições estão de acordo com a forma federativa de Estado que adotamos.

Ainda no que diz respeito ao dever do Estado com a educação, garante a Constituição a obrigatoriedade do ensino fundamental gratuito, categorizando-o

como direito subjetivo, inclusive com responsabilização da autoridade competente, se não atendido o preceito, aliada a uma progressiva universalização do ensino médio. Também determina o atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais (preferencialmente na rede regular), bem como o atendimento em creches e pré-escolas às crianças até seis anos. O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental – FUNDEF – de natureza contábil e instituído pela Emenda Constitucional n. 14, muito influenciou na busca da universalização do ensino fundamental. Do total de recursos empregados, pelo menos 60% destinou-se ao pagamento dos professores em efetivo exercício no magistério, procurando resgatar a dignidade da profissão. A Emenda Constitucional n. 14 previu a existência do FUNDEF para apenas os dez anos seguintes à promulgação (em 13.9.1996), estando em vias de findar o prazo. Um novo e necessário fundo de mesma natureza está sendo discutido no Legislativo, o FUNDEB, ampliando o conceito do anterior fundo e incluindo o ensino infantil e o médio, contemplando assim todo o ensino básico, inclusive com a participação da União. Nessa linha, poderá o Estado universalizar o ensino básico, ofertando-o com qualidade e valorizando os profissionais do magistério, como quer a Constituição.

De toda forma, restam incólumes as obrigações de Estados e Distrito Federal atuarem no ensino fundamental e médio, cabendo aos Municípios concentrarem seus esforços prioritariamente no ensino infantil e fundamental. O Texto Maior fixou um mínimo a ser empregado na educação, cabendo aos Estados e Distrito Federal empregar não menos de 25% da receita de impostos, compreendida também a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. No Estado de São Paulo, esse percentual é de 30%, no mínimo. À União fixou-se o mínimo de 18% das mesmas receitas. Tanto a Constituição Federal, como também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, trazem severas sanções para o caso de descumprimento dessas determinações, cabendo lembrar da intervenção federal da União nos Estados e Distrito Federal, bem como dos Estados nos Municípios. A ação prevista no artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases da

Educação Nacional – autêntica *ação popular educacional* –, bem como a ação civil pública, se constituem em eficazes instrumentos jurídicos para buscar o cumprimento do direito subjetivo ao ensino. A obrigatoriedade de oferecimento do ensino fundamental pelo Estado se traduz em obrigação para os pais de matricularem e zelarem pela frequência dos filhos na escola. Os mesmos instrumentos mencionados podem ser utilizados, contando ainda com o auxílio dos Conselhos Tutelares e os Juízos da Infância e Juventude nesse mister.

A propósito, merece relevo que a Constituição põe a família ao lado do Estado no dever quanto à *educação*, cabendo-lhe destacado papel na orientação e educação dos filhos, visando uma vida digna para o exercício da cidadania e preparação para o trabalho. É também a Carta Magna portadora de outra relevante determinação à família, e de resto, ao Estado e a sociedade, no sentido de assegurar à criança e ao adolescente – *com absoluta prioridade* – o direito à educação, dentre outros (art. 227), reafirmando de modo indelével o compromisso assumido.

A convivência do ser humano em família decorre da necessidade de viver em grupos, em conjunto. Historicamente, a família era dominada pelo pai, pouco cabendo em direitos para a mulher e os filhos. A evolução social, influenciando a cultura vigente e ditando modificações, inclusive por razões de ordem econômica, levou a mulher a se colocar em igualdade de condições com o homem, na chefia da sociedade conjugal, restando acabadas consideráveis disposições sobre o casamento na Constituição e no Código Civil de 2002, impondo deveres e direitos iguais para ambos. Também à união estável e à família monoparental foi dedicado *status* jurídico significativamente superior ao de pouco tempo atrás, notando-se uma especial proteção por parte do Estado. Todas as formas de família referidas têm especial participação na educação da prole, quer aquela considerada de forma ampla, quer em relação ao ensino. A educação começa no seio da família, apenas se complementando no ensino regular. Nesse passo, é muito relevante o papel da família na educação, conjugando-se com a proteção que o Estado lhe dedica,

unindo-se os esforços para formar as novas gerações. Ressaltamos que a educação é direito fundamental do indivíduo, indisponível para ele próprio, sua família e o Estado. Daí as obrigações impostas também à família em relação à educação, não bastando o Estado oferecer acesso ao direito à educação, pois cabe aos pais o dever de educar, em todos os sentidos, inclusive matriculando e zelando pela frequência dos filhos na escola. Acrescente-se que a mesma necessidade de agrupamento em família, leva à integração a uma dada sociedade e, desse modo, ainda que a família se disponha a educar seus filhos de modo integral, é dizer, ela própria ministrando-lhe o ensino, não se afasta a necessidade e dever de matriculá-los em escola regular, pois o contato com outras crianças e adolescentes, bem como com o mundo que os cerca, faz parte do processo educativo voltado ao pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e sua preparação para o trabalho.

Também a sociedade é chamada a colaborar com o Estado e a família, relativamente ao direito social à educação. Há possibilidade de muitas formas de colaboração e, de certa forma, isso vem ocorrendo intensamente, também pela participação de entidades sem fins lucrativos na educação. Além dessas já existentes formas de participação, possível a realização de convênios entre os entes estatais e o chamado *terceiro setor*, notadamente as organizações sociais de interesse público, auxiliando o Estado na consecução de políticas públicas direcionadas à satisfação do direito à educação, obviamente com o controle e fiscalização exigidos pelo ordenamento jurídico. A ampliação do ensino básico, sobretudo pela obrigação do Estado para com a educação infantil, tal como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, exige utilização racional das instituições administradas e mantidas por entidades da sociedade civil que desde há muito tempo vem realizando esse papel.

Afirma-se que a educação sendo realizada pelo Estado, pela família e com a colaboração da sociedade, como dispõe a Constituição de 1988, permite melhor avaliação do sentimento reinante quanto às mudanças do mundo, colocando em relevância os problemas que afligem a sociedade, em relação às crianças e aos

jovens que precisam contar com uma educação e um ensino de qualidade. Há dados positivos relativos à *educação* e ao ensino, todavia um longo caminho deve ser percorrido, apesar dos resultados da ação exercida pelo Estado, nas três esferas políticas, federal, estadual e municipal.

Os direitos fundamentais do ser humano refletem as lutas históricas dos povos, pelo seu reconhecimento e defesa. Encontram-se referências dessas lutas desde a Roma Antiga, passando pela Idade Média e chegando à Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América. Os direitos fundamentais reconhecidos nesse período são marcados por um conteúdo negativo para o Estado, constituindo limitações ao seu campo de atividades. São os chamados direitos fundamentais de 1ª geração. O ser humano não se contentou com eles, caminhando, até o início do século XX, com o reconhecimento dos direitos sociais, pela busca de uma segurança econômica e justiça social. Adiantando-se ao individualismo então reinante, partiu-se para a luta por direitos fundamentais destinados à satisfação de necessidades do grupo social frente ao Estado, exigindo-se deste uma atuação positiva, diferenciada pois, quanto à anterior geração de direitos fundamentais, sem excluí-los, por evidente. Essa é a conhecida 2ª geração de direitos fundamentais. Há de se falar ainda numa 3ª geração, cujo nascimento se verifica após o fim da 2ª Guerra Mundial e se consubstancia nos direitos associados a toda espécie humana enquanto tal, a exemplo do direito à paz, à solidariedade ou ao meio ambiente despoluído.

Esses direitos fundamentais do ser humano são aqueles que estão na Constituição de cada Estado, sem prejuízo de decorrerem tão-somente dela, possuindo características próprias e um regime geral atinente a todos eles, notando-se ainda um regime especial de proteção para os direitos individuais, liberdades e garantias. Na Constituição de 1988, os direitos fundamentais estão dispostos basicamente no Título II, mas possível encontrá-los no Título I e dispersos pelo Texto, mantendo todavia as mesmas características, como reconhecido no próprio



artigo 5º e seus parágrafos. Assim, um direito fundamental pode ser acolhido nessa especial categoria se fizer parte de tratado internacional de que o Brasil seja signatário, caso específico do *direito à educação*, fazendo-o direito social e individual, a um só tempo.

As normas constitucionais podem ser classificadas no Direito em função de sua eficácia. Dentre tantos estudos, sobressai o de José Afonso da Silva, segundo o qual três são as espécies de normas: as de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; as de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; e as de eficácia limitada, subdividindo-se em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as declaratórias de princípios programáticos. Nessa última estariam os direitos sociais, incluindo o direito à educação.

No que respeita à proteção conferida a esses direitos, possível associar-se os direitos individuais aos instrumentos jurídico-processuais tradicionais no Direito, como o *habeas corpus* ou o mandado de segurança (individual e coletivo). A marca é o subjetivismo. No que toca aos direitos sociais, bem como aos direitos de 3ª geração, a proteção de faz coletivamente, é dizer, em nome de todo o grupo, categoria ou classe, desde que ligados por uma relação jurídica base. Essa defesa leva a igualar a concretização, permitindo que todos tenham iguais direitos, caminho a ser seguido na luta por uma sociedade mais livre, justa e fraterna, diminuindo as desigualdades sociais e regionais, erradicando a pobreza e os preconceitos.

A concretização dos direitos fundamentais sociais passa pela necessidade de adoção de medidas tendentes à conformação, transformação e modernização das estruturas sociais, de sorte que se atinjam os objetivos traçados pela Constituição. Nesse sentido, as prestações positivas em que se traduzem os direitos sociais não são faculdades do Estado, mas sim obrigações jurídicas determinadas no Estatuto Político, verdadeiros direitos subjetivos dos indivíduos. Não se olvida que a

efetivação dessas prestações traz elevados custos para o Estado, ficando sob a limitação da reserva do possível. No campo do direito à educação, particularmente o oferecimento do ensino infantil, já foi reconhecido pelo Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça, restando afirmado se tratar de direito subjetivo do ser humano ter concretizado o direito social à educação.

Referir-se à cidadania impõe ligá-la à figura do Estado. Historicamente, possível falar nos primórdios da cidadania relativamente a Roma e à Grécia antiga, paulatinamente evoluindo em paralelo ao desenvolvimento dos direitos fundamentais. A cidadania é, antes de tudo, o direito conferido aos nacionais de ver concretizados todos os demais direitos, quer os individuais, os sociais e os políticos. Apresenta-se pois a cidadania em dimensões: política, civil e social. A dimensão política compreende o direito de nacionalidade, de participação nas decisões do Estado e de sua fiscalização. A dimensão civil está ligada ao exercício dos direitos individuais, restando a dimensão social, que é atinente aos direitos sociais e coletivos. É nesse contexto que o direito à educação se liga ao conceito de cidadania, fazendo dela um direito fundamental do ser humano, na exata medida em que ela – a cidadania – é a somatória dos demais direitos fundamentais. A cidadania, por outro lado, leva o ser humano a poder exigir do Estado o respeito à dignidade da pessoa humana e buscar ainda a responsabilidade do Poder Público em relação à educação, dentre outros direitos. Nesse passo, o exercício da cidadania leva a se atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como definidos no artigo 3º da Constituição.

Ao determinar que a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, a Constituição nada mais faz que dizer da preparação do indivíduo para a participação nas decisões do Estado, na fiscalização das suas ações, bem como na exigência da concretização dos direitos fundamentais do ser humano, em todas as suas espécies. A Constituição pretende que a pessoa possa agir de forma plena e exigir a concretização de todos os direitos garantidos, também cumprindo com os deveres fixados.

O Ministério Público experimentou notável crescimento institucional nos últimos tempos, mais particularmente com a Constituição de 1988. Antes voltada quase que exclusivamente para o exercício da titularidade da ação penal, com pontuais incursões na seara cível, o Ministério Público passou a exercer relevantes funções conferidas pelos artigos 127 e 129 da Constituição, destacando-se a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Também lhe compete zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, cumprindo-lhe promover as medidas necessárias à sua garantia, inclusive com poderosos instrumentos, que são o inquérito civil e a ação civil pública. Ao Ministério Público cumpre a defesa dos interesses da sociedade. Ele é o advogado da sociedade, não defendendo ninguém individualmente, exceto em relação aos direitos individuais indisponíveis.

A estrutura organizacional do Ministério Público, alocado fora das esferas dos tradicionais Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, associada às garantias institucionais de auto-organização e de funcionamento, inclusive com a prerrogativa de iniciativa de lei e proposta orçamentária, permitem que a Instituição atue com absoluta independência, sempre pautada na lei, mas sem depender de qualquer outra autoridade. A essas somam-se as garantias de seus membros, estabelecidas nos incisos I e II do parágrafo 5º do artigo 128 da Constituição, fazendo com que a Instituição possa se voltar contra quem quer que seja, defendendo a ordem jurídica de maneira ampla.

A evolução histórica do Ministério Público revela que as origens da Instituição estão, de fato, na defesa do detentor do poder. Todavia, a evolução do *Parquet* o levou a passar para a defesa do mais fraco, notando-se próxima relação entre a prática da democracia e o seu crescimento. Entre nós, o Ministério Público foi mencionado pela primeira vez em 1609, mas reconhecido com um tratamento

sistemático apenas no Código de Processo Penal do Império de 1832. Todavia, nota-se que nas Constituições e demais leis até 1934, o Ministério Público era mencionado apenas em relação ao modo de escolha do chefe da Instituição ou quanto às suas funções no processo. O tratamento institucional dado ao Ministério Público pela Constituição de 1934 inaugurou uma nova fase de crescente evolução institucional, sempre marcada pela proximidade com a democracia reinante. A Constituição de 1988 reservou ao Ministério Público um tratamento diferenciado, inclusive separadamente dos demais Poderes, mas dentro do Título IV, que trata da “Organização dos Poderes”. O ápice dessa evolução veio com a Emenda Constitucional n. 45, chamada “Emenda da Reforma do Judiciário”, que estendeu ao Ministério Público o Estatuto da Magistratura (art. 93 da CF), equiparando-o portanto à magistratura, em todo o regime jurídico. Agora, mais do que nunca, o Ministério Público goza de prerrogativas que o tornam especialmente preparado para exigir respeito à ordem jurídica, os interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis. Outra função que cumpre ao Ministério Público é a de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição.

A *educação* é direito de todos e dever do Estado e da família, exercido com a colaboração da sociedade. O *Estado* mencionado no artigo 205 da Constituição não se limita aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas se refere também ao Ministério Público. Sendo a educação – sem nenhuma dúvida – um direito fundamental, deve ser exigido e defendido pelo Ministério Público, em nome da sociedade, junto aos Poderes Legislativo e principalmente o Executivo, pelos seus órgãos como o Ministério da Educação e o Conselho Nacional de Educação, bem como as Secretarias de Educação e os Conselhos de Educação, estaduais e municipais. Todavia, caso não obtenha êxito, deve postular perante o Judiciário, utilizando-se da ação civil pública ou de qualquer outro instrumento processual adequado à satisfação da pretensão.

Na condição de órgão constitucionalmente incumbido da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais assegurados na Constituição Federal, o Ministério Público tem não só a possibilidade, mas o dever de atuar, seja contra o particular ou contra o próprio Estado do qual é integrante. Deve inteirar-se das dificuldades enfrentadas em relação à educação de forma geral, e ao ensino em particular, propondo a criação e a aplicação das normas para o aperfeiçoamento e favorecimento da aprendizagem, na vigilância dos princípios fixados na Constituição.

A atuação não se circunscreve à vigilância em relação ao ensino fundamental – único definido como obrigatório e gratuito pela Constituição – devendo ser preocupação do *Parquet* tanto o ensino infantil como o superior, ampliando sua oferta para permitir que o acesso seja universalizado em relação a ambos, dando concretude ao direito social. A exigência da qualidade do ensino é maneira adequada de preparar as pessoas, independentemente da origem no ensino público ou privado, para ascender ao ensino superior, podendo ser estabelecidas cotas em caráter transitório. Escolas públicas eficientes permitem o ingresso no ensino superior gratuito, acabando por elevar o padrão cultural das classes menos favorecidas, com aperfeiçoamento profissional e preparação para o exercício da cidadania. A defesa do direito à educação não está em formalmente aplicar a Constituição e as leis, mas observar principalmente se os objetivos estão sendo alcançados com eficiência, do ensino infantil até o superior.

O Ministério Público deve velar para que o Poder Público concretize o comando constitucional do artigo 227, assegurando com *absoluta prioridade* o direito à educação da criança e do adolescente, utilizando-se dos instrumentos processuais disponíveis, mas também participando ativamente na formulação das políticas públicas, bem como na fiscalização de sua implementação. Deve fiscalizar a fixação do orçamento estatal, para conferir o mínimo a ser aplicado na educação, não só sob o aspecto quantitativo como qualitativo, sobretudo em relação às despesas.

A função de defensor da sociedade, zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, leva o Ministério Público a ouvir o povo, seja por audiências públicas ou pela voz daquele que o procura no atendimento rotineiro, aquilatando assim as necessidades e reclamações, de modo a subsidiá-lo nas eventuais ações, judiciais ou não, mas que visem atender aos anseios coletivos.

Como se vê, o Ministério Público pode atuar de variadas formas para garantir a concretude ao direito fundamental à educação, eixo para o desenvolvimento sócio-econômico e da cidadania, que só podem existir e ser com os cuidados na aplicação e fiscalização das normas estabelecidas, sempre no interesse público.

O Brasil precisa crescer em todos os aspectos para se tornar independente. Sob o prisma interno, o mesmo pode ser dito, acrescentando-se que só será possível vê-lo independente se os brasileiros tiverem, como acompanhamento de vida, uma educação que os torne também independentes, para pensar e agir com responsabilidade, para exercer direitos e obrigações, para ter uma vida digna. O atingimento dos objetivos destacados no artigo 3º da Constituição passa pelo pleno desenvolvimento da pessoa e sua preparação para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Reafirmamos que só com a educação é que se pode exercer plenamente os direitos, recuar a pobreza, a opressão, a exclusão social, o racismo, os preconceitos, as lutas internas e externas, com o completo desenvolvimento do povo, que valoriza a paz para todos os grupos sociais e todas as nações. Sem educação não há desenvolvimento. O país que pensa nas gerações futuras como extensão mais desenvolvida das presentes alcança o progresso. Ambos caminham juntos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor Wiesengrund. *Educação e emancipação*. Tradução Wolfgang Leo Maar. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

ALENCAR, Kennedy, País investe na educação menos do que anuncia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 out. 2005. Folha Cotidiano, p. C 4.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ALMEIDA, Ivan Castro de. Gastos com educação no período de 1994 a 1999. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, INEP, v. 82, n. 200/201/202, p. 137-150, jan./dez. 2001.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Orgs.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ÁRABES e democracia. *Folha de S. Paulo*, 18 out. 2003. Opinião, Editorial, p. 2

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 37. ed. São Paulo: Globo, 1997.

BALBACHEVSKY, E. *A profissão acadêmica no Brasil: as múltiplas facetas do nosso sistema de ensino superior*. Brasília: FUNADESP, 1999.



BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro (Coord.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.



- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *A Constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. 33. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. (Coleção Primeiros Passos, 20).
- BRASIL. Senado Federal. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.
- BRAUD, Philippe. *La notion de liberté publique en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- BRZEZINSKI, Iris. (Org.). *LDB interpretada: diversos olhares se entrecruzam*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 14. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.
- BURLE FILHO, José Emmanuel. A Constituinte e as garantias do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 49, n. 137, p. 9-12, jan./mar. 1987.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional: direito comparado, teoria geral do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1.

CAMARGO, José Márcio; FERNAN, Bruno. Cotas e desigualdade. *Folha de S. Paulo*, 22 jun. 2004. Opinião, Tendências e Debates, p. 3

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1993.

CASADOS e solteiros, *Folha de S. Paulo*, 20 dez. 2003. Opinião, Editorial, p. 2.

CASTAN TOBEÑAS, Jose. *Los derechos del hombre*. Madrid: Reus, 1969.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Manual da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

\_\_\_\_\_. *Quatro estudos: a ciência política; o sistema constitucional; o poder político; o sistema federal*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão.; SILVA, Carlos Medeiros; LEAL, Victor Nunes. *Cinco estudos: a Federação; a divisão de poderes (2 estudos); os partidos políticos; a intervenção do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional: apontamentos sobre a irreducibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e a vitaliciedade dos promotores e procuradores de justiça. In: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Orgs.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 35-69

CENEVIVA, Walter. Problemas nas relações de pais e filhos. *Folha de S. Paulo*, 29 nov. 2003. Folha Cotidiano.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Os dez mandamentos da ética*. 3. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

\_\_\_\_\_. *Educação: a solução está no afeto*. São Paulo: Gente, 2001.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de direito constitucional: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Quem fomenta a desordem? *Folha de S. Paulo*, de 28 abr. 2004. Opinião, Tendências e Debates, p. 3.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE O ENSINO SUPERIOR, 1998, Paris. *Anais...: tendências da educação superior para o século XXI*. Tradução de Maria Ribeiro de Oliveira Gonçalves; revisão de Virgínia Novaes da Mata Machado; ilustração de Edson Fogaça. 2. ed. Brasília: UNESCO; Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras (CRUB), 1999.

COTAS econômicas. *Folha de S. Paulo*, 11 abr. 2004. Opinião, Editorial, p. 2.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 4 v.

CUNHA, Belinda Pereira da. *Antecipação da tutela no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA, Luiz Antonio. *Educação, Estado e democracia no Brasil*. 2. ed. São Paulo; Niterói: Cortez; EDUFF, 1995. (Biblioteca da Educação. Serie 1. Escola, v. 17).

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DE PLÁCIDO E SILVA, José Oscar. *Vocabulário jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 4v.

DELORS, Jaques (Org.). *Educação: um tesouro a descobrir*. Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI. Tradução José Carlos Eufrázio. 5. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: MEC/ UNESCO, 2001.

DEWEY, John. *Experiência e educação*. Tradução de Anísio Teixeira. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1979.

DI DIO, Renato Alberto T. *Contribuição à sistematização do direito educacional*. Taubaté-SP: Imprensa Universitária, 1982.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DÓRIA, Antonio de Sampaio. *Os direitos do homem*. São Paulo: Nacional, 1942.

DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*: com um estudo da obra de Durkheim, de Paul Fauconnet. Tradução de Lourenço Filho. 11. ed. São Paulo: Melhoramentos; 1978.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. 2 v.

FÁVERO, Osmar (Org.). *A educação nas Constituintes brasileiras: 1823-1988*. Campinas: Autores Associados, 1996. (Coleção Memória da Educação).

FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria (Orgs.). *OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: a Lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor*. Brasília: Comunidade Solidária, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito e cidadania na Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Centro de Estudos, n. 47/48, p. 11-27, jan./dez. 1997.

\_\_\_\_\_. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ, Antonio Augusto Melo Campos. *Ministério Público e afirmação da cidadania*. São Paulo: Edição do Autor, 1997.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989-1990. 2 v.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de teoria geral do Estado e ciência política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 6.

FRANCO, Augusto de. Apresentação. In: FERRAREZI, Elisabete; REZENDE, Valéria. *Organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor*. Brasília: Comunidade Solidária, 2001. p. 10.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

FREITAS, Herculano de. *Direito constitucional*. São Paulo: Câmara Municipal de São Paulo [s.n.], 1923.

FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ministério Público, Estado e Constituição: pela explicitação constitucional das atribuições próprias do Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999. n. 60 (número especial), p. 622-630, 1999. Originalmente publicado em: *Justitia*, ano 37, v. 90, p. 247-256, jul./set. 1975.

FUNDAÇÃO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO SUPERIOR PARTICULAR. *Legislação e normas da pós-graduação brasileira: coletânea selecionada e atualizada com os novos atos do CNE*. Brasília: Funadesp 2001.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001.

GARCIA, Maria. O direito e a ordem social. *Revista MPD Dialógico*, São Paulo, Movimento do Ministério Público Democrático, ano 1, n. 4, p. 18-19, ano 2005.

\_\_\_\_\_. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XXX.

GARCIA, Maria (org.). *As Constituições brasileiras: análise histórica e propostas de mudança*. São Paulo: Brasiliense, 1993.

GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. *História da educação*. 2. ed. rev. 4. reimpressão. São Paulo: Cortez, 2000.

GILES, Thomas Ransom. *História da educação*. São Paulo: EPU, 1987.

GOLDEMBERG, José. As cotas nas universidades públicas. *Folha de S. Paulo*, 8 abr. 2004. Opinião, Tendências e Debates, p. 2.

GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público na Constituição de 1988: breves Anotações. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 60 (número especial), p. 1.042-1.056, 1999. Originalmente publicado em: *Justitia*, ano 51, v. 145, p. 64-78, jan./mar. 1989.

HAMILTON, Alexander, MADISSON, James; JAY, John. *The federalist papers*. New York: Bantam Books, 1982.

\_\_\_\_\_. *O federalista*. Traduzido em português. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1840.



HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 14. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1970.

HERKENHOFF, João Batista. *Dilemas da educação: dos apelos populares à Constituição*. São Paulo: Cortez, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOMEM, António Pedro Barbas. Direito da educação na União Européia. *Revista CEJ*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, v. 1, n. 31, p. 10, 1997.

ILUSÃO universitária. *Folha de S. Paulo*, 29 jan. 2004. Opinião, Editorial, p. 2.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Considerações sobre alguns aspectos do conteúdo dos questionários do Censo Demográfico de 2000*. Disponível em: [www.ibge.gov.br/censo/questionarios](http://www.ibge.gov.br/censo/questionarios)

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 2. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

\_\_\_\_\_. *La giustizia costituzionale*. Traduzione di Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1981.

\_\_\_\_\_. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

\_\_\_\_\_. *Teoría general del Estado*. Traducción de Luis Legaz Lacambra. México, DF: Editora Nacional, 1965.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coords.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

MARCÍLIO, Maria Luiza. *História da escola em São Paulo e no Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Instituto Fernand Braudel, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Nota preliminar por Sebastian Martin-Retortillo Baquer. Madrid: Civitas, 1988. (Cuadernos Civitas).

MARTINES JÚNIOR, Eduardo. *Interpretação constitucional: norma de decisão no caso da fixação do número de cadeiras das câmaras de vereadores*. 2001. 113 p.

Monografia (Trabalho de conclusão de crédito em Direito Constitucional II) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. *O princípio da separação dos poderes e o pacto federativo como fundamento de validade do artigo 49 da Constituição estadual paulista*. 2000. 210 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 3

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Questões controvertidas sobre o inquérito civil. In ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antonio Franco da (Orgs.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Ministério Público e a defesa do regime democrático. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coords.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública*. 11. ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. ampl. e atual. até a EC n. 27/85. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Repertório de Jurisprudência IOB*: tributário, constitucional e administrativo, n. 9, p. 337-333, 1ª quinz. maio 2002.

MILL, John Stuart. *Da liberdade*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MIRANDA, José Luís Carneiro de; GUSMÃO, Heloísa Rios. *Artigo científico: estrutura e redação*. Niterói: Intertexto, 2000.

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. *O direito à educação*. Lisboa: Livros Horizonte, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 12. ed. 3. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Antônio Ermírio de. Mais do que nunca, educação! *Folha de S. Paulo*, 18 abr. 2004. Opinião, Editorial, p. 2.

\_\_\_\_\_. Analfabetismo e área qualitativa. *Folha de S. Paulo*, 12 set. 2004. Opinião, Editorial, p. 2.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 3. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001.

NASSIF, Luís. Um abraço negro. *Folha de S. Paulo*, 10 mar. 2005. Folha Dinheiro.

NÉRICI, Imídeo Giuseppe. *Introdução à didática geral*. 4. ed. Lisboa: Fundo de Cultura, 1966.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NISKIER, Arnaldo. A educação no século XXI. *Revista de Cultura IMAE*, São Paulo Instituto Metropolitano de Altos Estudos para o Desenvolvimento das Pesquisas da UniFMU, ano 1, n. 1, jul/set.2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 35. ed. rev. atual. por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Manual da monografia jurídica: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. CATANI, Afrânio Mendes. *Constituições estaduais brasileiras e educação*. São Paulo: Cortez, 1993.

ORTEGA Y GASSET, José. *Missão da universidade*. Organização de Karl Erik Schollhamer; tradução de Dayse Janet Löfgren Carnt e Helena Ferreira. Rio de Janeiro: EDUERJ, 1999. (Coleção Universidade).

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 18, n. 72, p.124-143, out./dez. 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 3.

PERES, José Augusto de Souza. *Introdução ao direito educacional*. João Pessoa, PB: Universidade Federal da Paraíba, c1991.

PETRAGLIA, Izabel Cristina. *Edgar Morin: a educação e a complexidade do ser e do saber*. Petrópolis: Vozes, 1995. (Coleção Educação e Conhecimento).

PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amaury Mascaro. *Instituições de direito público e privado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1973.

PINTO, Luciana Ferreira Leite. Contrato de prestação de serviços celebrado com organização social: uma hipótese de dispensa de licitação. In: ENSAIOS de Cidadania 1: Licitações. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos. In: DIREITOS Humanos: visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 6.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e Estado: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96)*. São Paulo: Edusp; Fapesp, 2000.

\_\_\_\_\_. *Autonomia Universitária*. São Paulo: Edusp, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito da educação na União Européia*. *Revista CEJ*, Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 31, p. 10, 1997.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *O direito ao ensino fundamental da criança e do adolescente 'com deficiência'*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIVERO, Jean. *Les libertes publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. 2. ed. riv. Milano: Giuffrè, 1947.

RUIZ, Urbano. *A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas*. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, ano 6, n. 1, p. 12, jul./dez. 2005.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1970.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1970.

SALLES, Carlos Alberto de. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coords.). *Ministério Público II – Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

SANDER, Benno. *Sistemas na educação brasileira: solução ou falácia?* São Paulo: Saraiva; Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1985.

SANTOS, Gislene A. (Org.). *Universidade, formação, cidadania*. São Paulo: Cortez, 2001.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. (Série Documentos, n. 14).

SAVIANI, Dermeval. *Política e educação no Brasil: o papel do Congresso Nacional na legislação do ensino*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1988.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 18.ed. São Paulo: Cortez, 1992.

SHIROMA, Eneida Oto; MORAES, Maria Célia Marcondes de; EVANGELISTA, Olinda. *Política educacional*. Rio de Janeiro: DP & A, 2000.

SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.



SIFUENTES, Mônica. Direito da educação e função dos juízes. *Revista CEJ*, Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ano 9, n. 31, p. 6, dez. 2005.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: Estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUZA, Motaui Ciocchetti. *Interesses difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública (competência e efeitos da coisa julgada)*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. *Educação: uma visão crítica*. São Paulo: Pioneira, 1989.

\_\_\_\_\_. *Educação na Constituição e outros estudos*. São Paulo: Pioneira, 1986. (Coleção Novos Ubrais).

STEINER, Rudolph. *A educação prática do pensamento*. Tradução de Octávio Inglez de Souza. 2. ed. São Paulo: Antroposófica, 1988.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TEIXEIRA, Anísio. *Ensino superior no Brasil: análise e interpretação de sua evolução até 1969*. Rio de Janeiro: FGV, 1989.

TEIXEIRA, José Horacio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. (Biblioteca Juridica).

TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. *Territórios Federais na Constituição Brasileira*. São Paulo, 1974. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1974.

TOBIAS, José Antonio. *História da educação brasileira*. 3. ed. São Paulo: Ibrasa, 1986.

TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado*. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito constitucional estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 21-163. (Série Estudos, n. 11).

VAGAS estatizadas. *Folha de S. Paulo*, 20 mar. 2004. Opinião, Editorial, p. 2.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Instrumentos de defesa da cidadania na nova ordem constitucional: controle da administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 1977. (Coleção Estudos. História, 57).

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia-Itália: Real Colegio de España, 1975.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A legitimação do Ministério Público para a defesa do patrimônio público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 735, p. 173-182, jan. 1997.

VITRAL, Waldir. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ZISMAN, Célia Rosenthal. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Estudos de direito constitucional*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

WEBER, Max. *Sobre a universidade*: o poder do Estado e a dignidade da profissão acadêmica. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira; revisão técnica de Augustin Wernet. São Paulo: Cortez, 1989. (Coleção Pensamento e Ação, v. 1).

## **ANEXO 1 – Parecer C.E.Su n. 977/65**

### **Definição dos Cursos de Pós-graduação**

Parecer CES n. 977/65, aprovado em 3.12.1965. O Senhor Ministro da Educação e Cultura, considerando a necessidade de implantar e desenvolver o regime de cursos de pós-graduação em nosso ensino superior e tendo em vista a imprecisão, que reina entre nós, sobre a natureza desses cursos, solicita ao Conselho pronunciamento sobre a matéria que defina e, se for o caso, regulamente os cursos de pós-graduação a que se refere a letra b do artigo 69 da Lei de Diretrizes e Bases.

A iniciativa do Senhor Ministro vem, assim, ao encontro da indicação já apresentada pelo conselheiro Clóvis Salgado no sentido de que fossem devidamente conceituados pelo Conselho os cursos de pós-graduação, especialização, aperfeiçoamento e extensão de que trata o artigo citado. Justificando a indicação alegava o eminente Conselheiro que a definição legal “está um tanto vaga, prestando-se a interpretações discordantes.” Ressalta, ainda, que além da maneira equívoca pela qual as escolas têm definido aqueles cursos nos estatutos e regimentos, o poder público, ao elaborar projetos de auxílios financeiros para o aperfeiçoamento de pessoal de nível superior, “serve-se desse termos deixando certa perplexidade aos administradores e interessados”. Daí concluir que “tanto do ponto de vista escolar, como administrativo, seria louvável uma conceituação mais precisa, de caráter mais operacional que doutrinária”.

Com efeito, o exame dos estatutos e regimentos nos tem mostrado que, de modo geral, falta às escolas uma concepção exata da natureza e fins da pós-graduação, confundindo-se freqüentemente seus cursos com os de simples especialização.

O Senhor Ministro, que se propõe a desenvolver uma política eficaz de estímulo à realização dos cursos pós-graduados, encarece a definição do Conselho por entender, com razão, que se faz necessário clarear e disciplinar o que “o legislador deixou expresso em forma algo nebulosa”. Aliás, o aviso ministerial não se limita a solicitar uma interpretação, mas ainda indica certos pontos básicos em função dos quais seria disciplinada a pós-graduação. Entende o Senhor Ministro que esses cursos,



destinados à formação de pesquisadores e docentes para os cursos superiores, deveriam fazer-se em dois ciclos sucessivos, “equivalentes ao de *master* e *doctor* da sistemática norte-americana”, fixando o Conselho “as exigências mínimas para sua realização e expedição dos respectivos diplomas”. Sugere, ainda, que “tais cursos constituam a atribuição das universidades, antes que de estabelecimentos isolados. Quando, em caráter excepcional, o estabelecimento isolado, deva realizar curso de pós-graduação, essa iniciativa deverá ficar sujeita à prévia autorização do Conselho”.

Como se vê, o que nos propõe o Senhor Ministro importa, não apenas em definir, mas em regulamentar a pós-graduação. Ora, no regime instituído pela Lei de Diretrizes e Bases, a competência do Conselho para regulamentar cursos superiores estende-se somente àqueles que se enquadram nos termos do artigo 70, isto é, os que habilitam à obtenção de diploma capaz de assegurar privilégios para o exercício de profissão liberal. Desde que a Lei não distingue, segue-se que tais cursos podem ser de graduação ou pós-graduação. Por enquanto, existe apenas um curso de pós-graduação que satisfaz a essas condições, estando, por isso mesmo, sujeito à regulamentação por parte deste Conselho, que é o curso de orientação educativa.

Nos termos da Lei de Diretrizes e Bases não poderia o Conselho regulamentar os cursos de pós-graduação em geral, condicionando o funcionamento desses cursos à sua prévia autorização ou determinando-lhe a forma e estrutura.

No entanto, com a aprovação do Estatuto do Magistério é possível regulamentar-se a pós-graduação, desde que o artigo 25 do Estatuto confere ao Conselho a competência para definir os cursos de pós-graduação e as suas características.

Atendendo à solicitação do Senhor Ministro e cumprindo desde já a determinação do Estatuto do Magistério, procuraremos neste parecer definir a natureza e objetivos dos cursos de pós-graduação, à luz da doutrina e do texto legal, concluindo por apresentar as suas características fundamentais na forma da exigência legal.

### **Origem Histórica da Pós-graduação**

A pós-graduação – o nome e o sistema – tem sua origem próxima na própria estrutura da universidade norte-americana, compreendendo o *college* como base comum de estudos e as diferentes escolas graduadas que geralmente requerem o título de bacharel como requisito de admissão. Assim, em virtude dessa organização a universidade acha-se dividida em dois grandes planos que se superpõem hierarquicamente: o *undergraduate* e o *graduate*. No primeiro encontra-se os cursos ministrados no *college* conduzindo ao BA e ao BSc., e o segundo abrange os cursos pós-graduados, principalmente aqueles que correspondem a estudos avançados das matérias do *college* visando os graus de Mestre ou Doutor. A grande *Cyclopedia of education*, editada por Paul Monroe nos começos deste século definia pós-graduado como termo comum, usado nos Estados Unidos, para designar estudantes que já fizeram o *college*; ou seja, o estudante pós-graduado é o que possui o grau de bacharel e continua a fazer estudos regulares com vista a um grau superior.

Mas o desenvolvimento sistemático da pós-graduação nos Estados Unidos pode ser considerado como produto da influência germânica e coincide com as grandes transformações das universidade americana nas últimas três décadas do século passado. É quando a universidade deixa de ser uma instituição apenas ensinante e formadora de profissionais para dedicar-se às atividades de pesquisa científica e tecnológica. Na verdade, a pós-graduação adquire seu grande impulso com a fundação da Universidade Johns Hopkins em 1.876, criada especialmente para desenvolver estudos pós-graduados e inspirada na idéia da *creative scholarship*. Isto é, uma universidade destinada não somente à transmissão do saber já constituído, mas voltada para a elaboração de novos conhecimentos mediante a atividade de pesquisa criadora.

Como salienta Walton C. John, em seu livro *Graduate study universities and colleges in United States*, o movimento pela pós-graduação “representa a culminação da influência germânica no ensino superior norte-americano. A *Graduate School* é o equivalente da faculdade de filosofia da universidade alemã”. Com efeito, correspondendo os estudos realizados no *college* americano aos do ginásio alemão em suas classes superiores, somente na pós-graduação seria alcançado o autêntico nível universitário. Característica dessa influência é, por exemplo, o Ph.D., doutor em

filosofia, o qual, embora conferido em qualquer setor das ciências ou das letras, é assim chamado porque a primitiva Faculdade das Artes tornou-se, na Alemanha, a Faculdade de Filosofia. Inspirando-se nesta faculdade, a *Graduate School*, isto é, o instituto que se encarrega dos cursos pós-graduados, será a Universidade americana o lugar, por excelência, onde se faz a pesquisa científica, se promove a alta cultura, se forma o shcolar, se treinam os docentes dos cursos universitários.

### **Necessidade da Pós-graduação**

Independente dessas origens, o sistema de cursos pós-graduados hoje se impõe e se difunde em todos os países, como a consequência natural do extraordinário progresso do saber em todos os setores, tornando impossível proporcionar treinamento completo e adequado para muitas carreiras nos limites dos cursos de graduação. Na verdade, em face do acúmulo de conhecimentos em cada ramo das ciências e da crescente especialização das técnicas, o estudante moderno somente poderá obter, ao nível da graduação, os conhecimentos básicos de sua ciência e de sua profissão. Neste plano, dificilmente se poderia alcançar superior competência nas especializações científicas ou profissionais. A contentarmo-nos com a graduação, teríamos de aumentar a duração dos cursos, o que seria anti-econômico e antipedagógico, pois suporia que todos os alunos fossem igualmente aptos e estivessem todos interessados na especialização intensiva e na formação científica avançada. Ou deveríamos multiplicar os cursos graduados para atender o número cada vez maior de especialidades dentro de uma mesma profissão ou ciência, o que importaria na especialização antecipada em prejuízo de uma preparação básica geral; ou haveríamos de sobrecarregar o currículo, com o resultado de se conseguir formação enciclopédica e superficial. Tudo isso nos mostra que sendo ilusório pretender-se formar no mesmo curso o profissional comum, o cientista e o técnico de alto padrão, e tornando-se cada vez mais inviável a figura do técnico polivalente, temos de recorrer necessariamente aos estudos pós-graduados, seja para completar a formação do pesquisador, seja para o treinamento do especialista altamente qualificado.



Com isto não se pretende diminuir a importância dos cursos de graduação no preparo de profissionais e na formação básica dos pesquisadores. O próprio Conselho, em estudos especiais (Documenta, 3) teve ocasião de acentuar a necessidade de iniciar o estudante na pesquisa científica já ao nível desses cursos. Não se trata, portanto, de transferir, pura e simplesmente, para o âmbito da pós-graduação todo esforço de treinamento científico. Mesmo porque a grande maioria se contenta com a graduação para os seus objetivos profissionais ou na formação cultural. Mas por outro lado seria frustrar as aspirações daqueles que buscam ampliar e aperfeiçoar seus conhecimentos senão lhes proporcionássemos um ciclo mais elevado de estudo onde pudessem ser aproveitados seus talentos e capacidades. Além disso as exigências da formação científica ou tecnológica em grau avançado não poderiam satisfazer-se com os cursos de graduação, como infelizmente parece ser a regra geral na universidade brasileira, ressalvadas as clássicas, mas bem escassas, exceções.

De qualquer modo, o desenvolvimento do saber e das técnicas aconselha introduzir na universidade uma espécie de diversificação vertical com o escalonamento de níveis de estudo que vão desde o ciclo básico, a graduação até a pós-graduação. Haveria desta forma uma infra-estrutura correspondente ao plano do ensino, cujo objetivo seria, de um lado a instrução científica e humanista para servir de base a qualquer ramo, e doutra parte teria por fim a formação profissional; e uma superestrutura destinada à pesquisa, cuja meta seria o desenvolvimento da ciência e da cultura em geral, o treinamento de pesquisadores, tecnólogos e profissionais de alto nível.

Sem usar os termos de graduação e pós-graduação o ensino superior francês vem adotando ultimamente o escalonamento em ciclos sucessivos. O primeiro é o mesmo do ano propedêutico e o segundo é o dos anos da licença; é o ciclo clássico. O terceiro ciclo é o do doutorado. Mas, como esclarece o Prof. Gilbert Varet comentado as evoluções recentes do ensino superior na França, trata-se de um doutorado novo que se prepara em dois ou três anos, não mais na solitude da pesquisa individual, mas no quadro apropriado de uma instituição nova: o instituto de terceiro ciclo, habilitado a

oferecer um doutorado em cada especialidade e permitindo, por certos cursos de nível superior, uma preparação coletiva ao doutorado.

A pós-graduação torna-se, assim, na universidade moderna, cúpula dos estudos, sistema especial de cursos exigido pelas condições da pesquisa científica e pelas necessidades do treinamento avançado. O seu objetivo imediato é, sem dúvida, proporcionar ao estudante aprofundamento do saber que lhe permita alcançar elevado padrão de competência científica ou técnico-profissional, impossível de adquirir no âmbito da graduação. Mas, além destes interesses práticos imediatos, a pós-graduação tem por fim oferecer, dentro da universidade, o ambiente e os recursos adequados para que se realize a livre investigação científica e onde possa afirmar-se a gratuidade criadora das mais altas formas da cultura universitária. A Universidade de Princeton, por exemplo, insiste particularmente sobre esse aspecto da pós-graduação proclamando que o desígnio central de uma educação pós-graduada é promover o contínuo amor ao saber. Por todos esses motivos é que se vem atribuindo especial ênfase aos estudos pós-graduados em todos os países, sendo que nos Estados Unidos já se introduziu um ciclo mais avançado, o dos estudos post doctoral.

No que concerne à universidade brasileira, os cursos de pós-graduação, em funcionamento regular, quase não existem. Permanecemos até agora aferrados à crença simplista de que, no mesmo curso de graduação, podemos formar indiferentemente o profissional comum, o cientista e o tecnólogo. O resultado é que, em muitos setores das ciências e das técnicas, o treinamento avançado de nossos cientistas e especialistas há de ser feito em universidades estrangeiras. Daí a urgência de se promover a implantação sistemática dos cursos pós-graduados afim de que possamos formar os nossos próprios cientistas e tecnólogos sobretudo tendo em vista que a expansão da indústria brasileira requer número crescente de profissionais criadores, capazes de desenvolver novas técnicas e processos, e para cuja formação não basta a simples graduação. Em nosso entender um programa eficiente de estudos pós-graduados é condição básica para se conferir à nossa universidade caráter verdadeiramente universitário, para que deixe de ser instituição apenas formadora de profissionais e se transforme em centro criador de ciência e de cultura. Acrescente-se, ainda, que o

funcionamento regular dos cursos de pós-graduação constitui imperativo da formação do professor universitário. Uma das grandes falhas de nosso ensino superior está precisamente em que o sistema não dispõe de mecanismos capazes de assegurar a produção de quadros docentes qualificados. Daí, a crescente expansão desse ramo de ensino, nessas últimas décadas, se ter feito com professores improvisados e conseqüentemente rebaixamento de seus padrões. Por isso mesmo o programa de ampliação das matrículas dos cursos superiores supõe uma política objetiva e eficaz de treinamento adequado do professor universitário. E o instrumento normal desse treinamento são os cursos de pós-graduação.

O Aviso Ministerial, ao solicitar a regulamentação, aponta, em síntese, os três motivos fundamentais que exigem, de imediato, a instauração de sistema de cursos pós-graduados: 1) formar professorado competente que possa atender à expansão quantitativa do nosso ensino superior garantindo, ao mesmo tempo, a elevação dos atuais níveis de qualidade; 2) estimular o desenvolvimento da pesquisa científica por meio da preparação adequada de pesquisadores; 3) assegurar o treinamento eficaz de técnicos e trabalhadores intelectuais do mais alto padrão para fazer face às necessidades do desenvolvimento nacional em todos os setores.

### **Conceito de Pós-graduação**

Assim concebida a pós-graduação, e reconhecida sua fundamental importância para a formação universitária, vemos que constitui regime especial de cursos cuja natureza devemos precisar.

Em primeiro lugar impõe-se distinguir entre pós-graduação *sensu stricto* e *sensu lato*. No segundo sentido a pós-graduação, conforme o próprio nome está a indicar, designa todo e qualquer curso que se segue à graduação. Tais seriam, por exemplo, os cursos de especialização que o médico, nos Estados Unidos, deve freqüentar a fim de poder exercer uma especialidade da Medicina. Embora pressupondo a graduação esses e outros cursos de especialização, necessariamente, não definem o campo da pós-graduação *sensu stricto*.

Normalmente os cursos de especialização e aperfeiçoamento tem objetivo técnico profissional específico sem abranger o campo total do saber em que se insere a especialidade. São cursos destinados ao treinamento nas partes de que se compõe um ramo profissional ou científico. Sua meta, como assinala o Conselheiro Clóvis Salgado em sua indicação, é o domínio científico e técnico de uma certa e limitada área do saber ou da profissão, para formar o profissional especializado.

Mas, a distinção importante está em que especialização e aperfeiçoamento qualificam a natureza e destinação específica de um curso, enquanto a pós-graduação, em sentido restrito, define o sistema de cursos que se superpõe à graduação com objetivos mais amplos e aprofundados de formação científica ou cultural. Cursos pós-graduados de especialização ou aperfeiçoamento podem ser eventuais, ao passo que a pós-graduação em sentido próprio é parte integrante do complexo universitário, necessária à realização de fins essenciais da universidade. Não se compreenderia, por exemplo, a existência da universidade americana sem o regime normal de cursos pós-graduados, sem a *Graduate School*, como não se compreenderia universidade européia sem o programa de doutoramento.

Certamente a pós-graduação pode implicar especialização e operar no setor técnico profissional. Mas neste caso a especialização é sempre estudada no contexto de uma área completa de conhecimentos e quando se trata do profissional o fim em vista é dar ampla fundamentação científica à aplicação de uma técnica ou ao exercício de uma profissão.

Existe, ainda, outra característica não menos importante. Se, em certos casos, a especialização pode ter caráter regular e permanente, como sucede no campo da Medicina, seus cursos apenas oferecem certificado de eficiência ou aproveitamento que habilita ao exercício de uma especialidade profissional, e que poderão ser obtidos até mesmo em instituições não universitárias, ao passo que a pós-graduação *sensu stricto* confere grau acadêmico, que deverá ser atestado de uma alta competência científica em determinado ramo do conhecimento, sinal de uma autêntica *scholarship*.

Em resumo, a pós-graduação *sensu stricto* apresenta as seguintes características fundamentais: é de natureza acadêmica e de pesquisa e mesmo atuando

em setores profissionais tem objetivo essencialmente científico, enquanto a especialização, via de regra, tem sentido eminentemente prático-profissional; confere grau acadêmico e a especialização concede certificado; finalmente a pós-graduação possui uma sistemática formando estrato essencial e superior na hierarquia dos cursos que constituem o complexo universitário. Isto nos permite apresentar o seguinte conceito de pós-graduação *sensu stricto*: o ciclo de cursos regulares em segmento à graduação, sistematicamente organizados, visando desenvolver e aprofundar a formação adquirida no âmbito da graduação e conduzindo à obtenção de grau acadêmico.

### **Um Exemplo de Pós-graduação: a Norte-americana**

Sendo, ainda, incipiente a nossa experiência em matéria de pós-graduação, teremos de recorrer inevitavelmente a modelos estrangeiros para criar nosso próprio sistema. O importante é que o modelo não seja objeto de pura cópia, mas sirva apenas de orientação. Atendendo ao que nos foi sugerido pelo aviso ministerial, tomaremos como objeto de análise a pós-graduação norte-americana, cuja sistemática já provada por uma longa experiência tem servido de inspiração a outros países. Vale assinalar que na Inglaterra, recentemente, o já famoso Robbins Report, que estudou as condições de expansão e aperfeiçoamento do ensino superior britânico, não hesitou em recomendar às universidades britânicas o uso de certas técnicas e processos da pós-graduação norte-americana.

Nos Estados Unidos, a pós-graduação constitui o sistema de cursos que se seguem ao bacharelado conferido pelo *college*, normalmente coordenados pela Escola de Pós-graduação (*Graduate School* ou *Graduate Faculty*, como é designada pela Universidade de Columbia) e com o poder de conferir os graus de Mestre (MA ou MS) e de Doutor (Ph.D, *Philosophiae Doctor*).

Mestrado e Doutorado. Mestrado e doutorado representam dois níveis de estudos que, se hierarquizam. Distinguem-se o doutorado de pesquisas, o Ph.D. que é o

mais importante dos graus acadêmicos conferidos pela universidade norte-americana, e os doutorados profissionais, como por exemplo, Doutor em Ciências Médicas, Doutor em Engenharia, Doutor em Educação, etc. O Mestrado tanto pode ser de pesquisa como profissional. O tipo mais comum é o Mestre das Artes (Master of Arts), expressão que é uma sobrevivência medieval, onde Artes designava as matérias constitutivas do *trivium a quadrivium*, isto é, as disciplinas literárias e científicas, conteúdo da Faculdade das Artes.

Embora hierarquizados, são dois graus relativamente autônomos, isto é, o Ph.D não exige necessariamente o MA como requisito indispensável. Existe universidade, como a de Princeton, cuja *Graduate School* opera quase que exclusivamente com programa de doutorado. Em certas profissões, como a de Medicina, não se verifica o mestrado, nesse ponto diferente da Inglaterra onde ocorre o mestrado em Cirurgia. Numa mesma Universidade há Departamentos que não trabalham com programas de mestrado. Na *Graduate Faculty* da Universidade de Columbia, por exemplo, existe o Doutorado em Anatomia, Bioquímica, Farmacologia, Patologia, Fisiologia, Microbiologia, todas como se vê, matérias do ciclo básico de Medicina.

O título de Mestre, peculiar às universidades americanas e britânicas tem sua origem, como grau acadêmico na Universidade Medieval. Com efeito, na Idade Média chamavam-se Mestres todos os licenciados que faziam parte da corporação dos professores em todas as Faculdades, com exceção da Faculdade de Direito (Decreto ou Civil) onde os professores se intitulavam doutores. O licenciado adquiria o título de Mestre no ato solene da *inceptio*, pelo qual era recebido na corporação dos mestres com todos os direitos e privilégios. Na verdade, segundo nos diz Rashdall em seu livro *The universities of Europe in the Middle Ages*, v. 1, na universidade medieval os três títulos, mestre, doutor e professor eram absolutamente sinônimos. Para o fim da Idade Média os professores da Faculdades, ditas superiores, tendeu a assumir o título de Doutor em substituição ao de Mestre, ficando este para a Faculdade das Artes.

Após o Renascimento, com as transformações sofridas pela universidade, o grau de Mestre tende a desaparecer nas instituições européias, sendo conservado até

hoje, no mundo anglo-saxônico . Em Oxford e Cambridge o grau de Mestre das Artes é concedido sem qualquer exame a todo aquele que haja obtido o grau de Bacharel numa destas Universidades e tenha seu nome nos livros de uma sociedade (isto é, tenha pago as taxas correspondentes da Universidade ou de um Colégio) por um prazo de vinte e um período de estudos. Nas Universidade escocesas o MA é o grau concedido ao término do curso de graduação. Nos Estados Unidos, por força da influência inglesa permaneceu o grau de Mestre, sendo, por muito tempo, conferido sem maiores exigências no fim da graduação, como era o caso do chamado *Masters Degree in cursu*. Pelos fins do século passado, com a instituição do doutorado segundo o modelo germânico, foi reformulado o MA para obtenção do qual se exigem, cursos e exames, tornando-se ele um grau inferior ao Ph.D.

Ultimamente, segundo acentua Walter S. Eells no seu livro *Degrees in highes education*, muito se tem discutido sobre a significação e valor do Mestrado. Os relatórios das Associações de Escolas de Pós-Graduação tem se ocupado do problema recomendando a revitalização do grau de Mestre. Discute-se por exemplo, se o MA é um grau final, com autonomia funcional ou apenas uma etapa no caminho para o Ph.D; se é importante apenas para a formação do professor do ensino secundário ou também para o professor do *College*; se deve exigir-se para o mestrado uma tese e ser aumentada sua duração.

O Mestrado adquire significação própria como grau terminal para aqueles que desejando aprofundar a formação científica ou profissional recebida nos cursos de graduação, não possuem vocação ou capacidade para a atividade de pesquisa que o Ph.D. deve ser o atestado. Assim, em Johns Hopkins, no Departamento de Física, embora ordinariamente sejam aceitos apenas candidatos ao doutorado, admite-se mudança de programa para o MA se, por qualquer razão, o estudante se julga incapaz de completar os estudos necessários ao Ph.D. Nos Estados Unidos o grau de Mestre é de grande utilidade como sinal de competência profissional, a exemplo do que ocorre com o Mestrado em Engenharia, Arquitetura ou Ciências da Administração Pública ou de Empresas. É importante igualmente para o magistério secundário, sobretudo porque em muitos Estados o Mestrado é garantia de melhor remuneração. No ensino superior



é de menor valia, pois o Ph.D. é título necessário para o acesso na carreira de professor universitário. Dificilmente se poderia atingir o posto de Professor Associado e, muito menos, de Professor sem o doutorado. De qualquer modo o Mestrado se justifica como grau autônomo por ser um nível da pós-graduação que proporciona maior competência científica ou profissional para aqueles que não desejam ou não podem dedicar-se à carreira científica.

Duração de cursos e métodos empregados. O doutorado norte-americano representa muito mais que a defesa de uma tese. Doutorado e Mestrado são o resultado de estudos regulares e rigorosos em determinado campo do saber podendo prolongar-se por tempo maior do que o necessário à graduação. Teoricamente se requer um ano para o MA e dois anos para o Ph.D Na realidade essa duração principalmente no caso do doutorado, pode estender-se por vários anos conforme a capacidade do aluno e a natureza da matéria. Em geral exige-se um ano acadêmico de residência para ambos os graus. Por este ano de residência entende-se a freqüência regular aos cursos pós-graduados com a obtenção dos respectivos créditos. Muitas vezes determina-se o limite máximo de duração dos estudos. Assim, a Universidade de Columbia exige que o candidato apresente a tese de doutorado dentro do prazo de sete anos, admitindo-se exceções em circunstancias especiais quando recomendadas pelo Departamento.

Estudo publicado em 1.951 revelou que, de 20.000 candidatos que obtiveram o Ph.D em ciências de 1.936 a 1.948, o tempo médio decorrido entre o Bacharelado e o grau de Doutor foi de 6,2 anos, com a metade dos graduados dispendendo de 5 a 6 anos cada um. A média de idade em que receberam o grau foi de 30,5 anos, variando de 19 a 65 anos.

Em geral, segundo esclarece Walter C. Eells, após o candidato ao Ph. D. haver completado dois anos de estudo em residência e escolhido o tema da tese, por motivos econômicos abandona o tempo integral, freqüentando cursos de verão ou períodos irregulares até a conclusão de tese.

Quanto à maneira de se processarem os cursos, aos métodos de instrução e às condições estabelecidas para a obtenção do grau, notam-se sensíveis variações de universidade para universidade e, até mesmo, de departamento para departamento na



mesma instituição. Todavia, apesar de grande diversidade de métodos e requisitos é possível falar-se de uma sistemática comum. Característica fundamental da pós-graduação norte-americana é que o candidato ao Mestrado e ao Doutorado, além da tese, dissertação ou ensaio, deverá seguir certo número de cursos, participar de seminários e trabalhos de pesquisas, e submeter-se a uma série de exames, incluindo-se as provas de língua estrangeira.

Entende-se, por outro lado, que a pós-graduação, por sua natureza, implica rigorosa seletividade intelectual, estabelecendo-se requisitos de admissão tanto mais severos quanto mais alto é o padrão da universidade. E, uma vez admitido, o candidato enfrentará rigorosos exames eliminatórios, exigindo-se dele intenso trabalho intelectual ao longo do curso. Como faz questão de acentuar a universidade Jonhs Ropkins, a pós-graduação de modo algum pode ser considerada educação de massa. Daí a filtragem dos candidatos. A Universidade de Princeton, por exemplo, dos dois mil pedidos de inscrição que lhe chegam anualmente, não aproveita mais do que trezentos e cinqüenta.

Normalmente os cursos de Mestrado e Doutorado compreendem uma Área de concentração (*major*) à escolha do candidato e matérias conexa (*minor*). No caso do Ph.D a exigência da tese é universal, enquanto para o MA ora se requer uma dissertação, memória ou ensaio, ora se consideram suficientes os exames prestados.

Os processos de aprendizagem se caracterizam pela grande flexibilidade atribuindo-se ao candidato larga margem de liberdade na seleção dos cursos embora assistidos e orientados por um diretor de estudos. São utilizados de preferência métodos, tais como seminários, programas de pesquisa, trabalhos de laboratórios, etc., que visem estimular a iniciativa criadora do aluno. O método de instrução, por excelência, nestes cursos, principalmente na área das humanidades e ciências sociais, é o seminário. O propósito dos seminários, considerados coletivamente, é investigar um determinado tópico, combinando amplitude e profundidade e possibilitando ao aluno participação ativa no desenvolvimento dos temas. De qualquer modo, o que se tem em vista nos cursos de pós-graduação é menos fazer o candidato absorver passivamente conhecimentos já feitos, do que desenvolver sua capacidade criadora e juízo crítico,

levando-o a exercer, por si mesmo ou em colaboração com mestre, a atividade de pesquisa.

Para melhor ilustração, usaremos de um exemplo tirado de nossa especialidade descrevendo, em suas linhas gerais, os requisitos necessários ao MA e Ph.D em filosofia, na Universidade de Chicago. Aliás, nesta Universidade o estudante tem a escolha entre dois MA de Filosofia: um MA especializado, para aquele que tem a intenção de dedicar-se à Filosofia e projeta preparar, em seguida, o doutorado; e um MA de caráter geral destinado principalmente aos candidatos que tem o propósito de aplicar os seus conhecimentos filosóficos a domínio e problemas outros que os da Filosofia propriamente dita.

Para obter o MA especializado em Filosofia o aluno deve submeter-se a três exames, aos quais se acrescenta a prova de língua estrangeira: a) um exame preliminar eliminatório sobre quatro domínio da Filosofia, indicados pelo Departamento; b) um grande exame sobre o domínio de opção; c) um exame sobre campo conexo estranho à Filosofia. No que se refere ao Ph.D, o candidato além das provas que verifiquem sua competência de leitura em duas línguas estrangeiras, deve submeter-se a: a) um exame preliminar obrigatório escrito sobre quatro domínios da Filosofia estabelecidos pelo Departamento, assim como sobre a obra de um filósofo escolhido pelo candidato de acordo com o seu diretor de estudos; b) um grande exame (comprehensive examination) em três partes: prova escrita sobre a especialidade de opção, prova oral sobre a história da Filosofia e prova escrita sobre o domínio conexo; c) um exame oral final sobre o assunto de que trata a tese de doutorado e o campo em que se situa. Para o MA especializado exige-se dissertação que demonstre aptidão para a pesquisa; para o MA geral basta um ensaio “organizando e interpretando dados relativos a um problema geral”. “Quanto ao Ph.D é necessário o preparo de tese que constitui “contribuição de conhecimentos novos sobre um tema aprovado pelo Departamento”.

De certo que esses requisitos e métodos de estudo variam em maior ou menor medida entre os Departamentos afim de atender, principalmente, às peculiaridades de cada ramo de conhecimentos. Todavia, apesar da diversidade de processos, existe uma sistemática da pós-graduação norte-americana que compreende, em sua essência,

duração mínima de residência, cursos regulares, exames parciais e gerais, incluindo línguas estrangeiras, além da tese, quando se trata do Ph.D, resultado de pesquisa e devendo apresentar contribuição nova para o saber.

O mérito do sistema, especialmente reconhecido pelo Robins Report, está em que a pós-graduação não se limita apenas ao preparo de uma tese doutoral ou uma dissertação de mestrado. Compreende uma série de cursos a que está obrigado o aluno, cobrindo ampla extensão do campo de conhecimento escolhido. Trata-se, portanto, de treinamento intensivo com o objetivo de proporcionar sólida formação científica, encaminhando-se o candidato ao trabalho de pesquisa de que a tese será a expressão. Essa organização sistemática da pós-graduação tem ainda a vantagem de oferecer o máximo de assistência e orientação ao aluno em seus estudos, sem prejuízo de liberdade de iniciativa que lhe é essencial.

### **A Pós-graduação na Lei de Diretrizes e Bases**

Admitida a doutrina da pós-graduação cujos princípios apenas delineamos, passemos agora ao estudo do problema à luz da Lei de Diretrizes e Bases.

Se considerarmos o destaque especial que a Lei concede à pós-graduação ao classificar os diferentes tipos de cursos superiores, podemos afirmar que a doutrina aqui exposta corresponde à intenção do texto legal. É o que pretendemos mostrar com a análise do artigo 69 onde se distingue três grandes categorias de cursos:

- a) de graduação, abertos à matrícula de candidatos que hajam concluído o ciclo colegial ou equivalente, e obtido classificação em concurso de habilitação;
- b) de pós-graduação, abertos à matrícula de candidatos que hajam concluído o curso de graduação e obtido o respectivo diploma;
- c) de especialização, aperfeiçoamento e extensão, ou quaisquer outros, a juízo do respectivo instituto de ensino abertos a candidatos com o preparo e os requisitos que vierem a ser exigidos.

O dispositivo legal, como se vê, não chega a determinar a natureza da pós-graduação. Se por um lado, essa indefinição que corresponde ao próprio espírito da lei, representa fator positivo ao dar margem à iniciativa criadora das universidades, doutra

parte tem gerado certa confusão, por nos faltar tradição e experiência na matéria. Daí a necessidade de uma interpretação oficial capaz de definir a natureza da pós-graduação a que se refere a letra b do artigo 69 e que sirva de balizamento para a organização dos cursos pós-graduados. A exegese do artigo poderá discernir elementos básicos que nos permitem determinar o conceito legal.

Em primeiro lugar, destaca-se o fato importante de que a pós-graduação é mencionada em alínea especial, como categoria própria, a maneira de espécie de que o gênero é o curso. existe assim uma diferença específica entre a pós-graduação e os cursos de especialização e aperfeiçoamento. Isto nos autoriza a pensar que a lei considerou a pós-graduação *sensu stricto* tal como a definimos nesse trabalho.

Em segundo lugar, corroborando essa interpretação, é significativo que a lei estabelece expressamente requisito de matrícula para os cursos de pós-graduação, deixando os de especialização, aperfeiçoamento e extensão ao critério dos estabelecimentos. Assim como a conclusão do ciclo colegial ou equivalente é o requisito indispensável à matrículas nos cursos de graduação, o diploma destes últimos é requisito imprescindível para a matrícula em cursos pós-graduados. E desde que a lei não exige diploma de graduação para os cursos da alínea c segue-se que nem toda especialização é necessariamente curso pós-graduado. É possível, por exemplo, pensar-se numa especialização de nível superior para técnicos de grau médio. Por outro lado, ainda que a especialização pressuponha expressamente o diploma de graduação ela não constitui, só por isso, pós-graduação em sentido estrito.

Outro ponto digno de nota é que a lei ao tratar de cursos de graduação e pós-graduação fala de matrícula, usando para ambos os casos da mesma expressão: “abertos (os cursos) à matrícula de candidatos que hajam concluído...”. Com referência aos cursos da alínea c limita-se a dizer simplesmente: “abertos a candidatos...”, omitindo a palavra matrícula. Não se pode considerar essa omissão como fortuita e, portanto, irrelevante. Com efeito, o fato de figurar a palavra matrícula toda vez que o artigo se refere aos cursos de graduação e pós-graduação e omitindo nos casos dos cursos da alínea c, para os quais não se exige qualquer requisito, denota uma intenção especial da lei. Como bem ressaltou o Conselheiro Clóvis Salgado em sua indicação,

quando a lei fala da matrícula para pós-graduação dá a entender que se trata de cursos regulares. Vê-se desse modo que a lei estabelece uma certa paridade, quanto ao caráter sistemático dos cursos, entre a graduação e a pós-graduação. Poderia observar-se que não requer além do diploma de graduação, nenhuma prova de habilitação aos cursos pós-graduados. Mas daí não se infere que os estabelecimentos fiquem impedidos de fixar critérios de seleção pois, segundo foi visto, a pós-graduação por sua própria natureza implica alta seletividade intelectual. Muito acertadamente deixou a lei que as escolas, conforme os casos concretos, decidissem da conveniência e da forma de seleção.

Desta breve análise do artigo 69 podemos concluir, com fundamento, que a intenção da lei foi atribuir *status* especial à pós-graduação, distinguindo-a dos cursos de simples especialização. Se esta interpretação é exata parece-nos legítimo aplicar-se aos cursos de que trata a alínea b o conceito que formulamos de pós-graduação *sensu stricto*, isto é, o sistema de cursos regulares que se superpõe à graduação, visando desenvolver, em amplitude e profundidade, os estudos feitos nos cursos de graduação e conduzido à obtenção de grau acadêmico.

Mas, se o Conselho, interpretando a lei no uso de suas atribuições, pode definir oficialmente a pós-graduação, faltar-lhe-ia, por enquanto, competência como já acentuamos de início, para fazer a regulamentação geral dos cursos pós-graduados. Somente cabe-lhe regulamentar o curso de pós-graduação capaz de assegurar privilégio para o exercício de profissão liberal, nos termos do artigo 70. Isto significa que, no atual regime da Lei de Diretrizes e Bases, qualquer estabelecimento, universidade ou faculdade isolada, poderia instalar cursos de pós-graduação conferindo grau, na forma da definição proposta pelo Conselho, mas sem depender, para isso da autorização ou reconhecimento. Tal é a situação dos cursos pós-graduados na Lei de Diretrizes e Bases.

### **A Pós-graduação e o Estatuto do Magistério**

Com a promulgação do Estatuto do Magistério, o Conselho dispõe, agora, de poderes para submeter os cursos pós-graduados a uma certa regulamentação.

É certo que o Estatuto não confere privilégio a esses cursos para o exercício do magistério. Ora, sem conferir privilégio não seria o caso de invocar o artigo 70 da Lei de Diretrizes e Bases para submeter os cursos pós-graduados à regulamentação. Todavia, entendemos que a competência atribuída ao Conselho para definir esses cursos e determinar-lhes as características, outorga-lhe, ao mesmo tempo, certo poder para regulamentá-los. Doutra forma como o Conselho poderia ter segurança de que os estabelecimentos seguem as características fixadas? O controle dos cursos poderá ser feito por meio de reconhecimento, pelo menos à maneira de *accreditation*. O reconhecimento, ou qualquer outro meio de controle que venha disciplinar o processo de implantação dos cursos de pós-graduação, parece-nos de todo indispensável se considerarmos as condições de funcionamento de nossas escolas superiores. A ser criada indiscriminadamente, a pós-graduação, na maioria dos casos, se limitará a repetir a graduação, já de si precária, com o abastardamento inevitável dos graus de Mestre Doutor.

O simples fato de que um estabelecimento tenha seus cursos de graduação reconhecidos, não significa que se encontra realmente habilitado para instituir a pós-graduação. Por isso mesmo, se quisermos evitar que a pós-graduação brasileira – essencial à renovação de nossa universidade seja aviltada em seu nascedouro, devemos estabelecer não somente princípios doutrinários mas critérios operacionais e normas que dirijam e controlem sua implantação e desenvolvimento. Daí a necessidade de que os cursos de pós-graduação sejam reconhecidos pelo Conselho.

Propõe o Senhor Ministro que a pós-graduação seja prerrogativa das Universidades e que apenas em condições excepcionais venha a ser permitida aos estabelecimentos isolados mediante autorização do Conselho. Considerada a proposta do ponto de vista legal, verifica-se que, tanto na Lei de Diretrizes e Bases como no Estatuto do Magistério nenhum dispositivo existe que autoriza restringir a pós-graduação às universidades. O *caput* do artigo 69 é bastante claro quando dispõe que podem ser ministrados nos estabelecimentos de ensino superior os cursos por ele discriminados, isto é, de graduação, pós-graduação, etc. Por outro lado, se é verdade que em muitos setores da pesquisa científica somente a Universidade possui recursos,

em pessoal e equipamento, para desenvolver com eficiência programas de pós-graduação, noutras áreas é perfeitamente admissível que uma faculdade isolada possa manter cursos pós-graduados. A faculdade de filosofia, por exemplo, que abrange todos os setores da ciências e das letras, e que operando com todos os seus cursos é uma espécie de universidade, estaria teoricamente em condições de atuar satisfatoriamente no campo da pós-graduação. E se submetermos os cursos pós-graduados ao reconhecimento do Conselho poderá ele fixar normas para o funcionamento desses cursos, cabendo verificar em cada caso se o estabelecimento, universidade ou faculdade isolada, apresenta as condições exigidas

### **Definição e Características do Mestrado e Doutorado**

Cabe nos agora, atendendo à solicitação do Senhor Ministro e, ao que determina o Estatuto do Magistério, definir e fixar as características dos cursos de Mestrado e Doutorado.

Entendemos que se trata de caracterizar estes cursos em seus aspectos fundamentais, evitando-se estabelecer padrões rígidos que viessem prejudicar a flexibilidade essencial à toda pós-graduação. Daríamos apenas as balizas mestras dentro das quais a estruturação dos cursos pode sofrer variações em função das peculiaridades de cada setor de conhecimento e da margem de iniciativa que se deve atribuir à instituição e ao próprio aluno na organização de seus estudos.

Em primeiro lugar, de acordo com a doutrina exposta nesse parecer, propomos o escalonamento da pós-graduação em dois níveis: mestrado e doutorado, não obstante certas objeções, surgidas, entre nós, contra o título de Mestre. A alegação, tantas vezes invocada, de que esse título não faz parte de nossa tradição de ensino superior não nos parece constituir razão suficiente para ser rejeitado. A verdade é que em matéria de pós-graduação ainda estamos por criar uma tradição. E, se a pós-graduação deve ser estruturada em dois ciclos, como a experiência anglo-americana demonstra e a própria natureza desses estudos aconselha não vemos porque teríamos escrúpulo em adotar a designação de Mestre se, como bem acentuou o Conselheiro Rubens Maciel não dispomos de outro nome que a substitua. Aliás, algumas de nossas instituições já vem



adotando, com êxito, o título de Mestre para designar o grau acadêmico correspondente ao primeiro nível da pós-graduação.

Seguindo-se o critério de maior flexibilidade, em vez de duração uniforme e invariável julgamos mais adequado fixar duração mínima em termos de ano letivo. Com base na experiência estrangeira podemos determinar o mínimo de um ano para o mestrado e dois para o doutorado. O programa de estudos compreenderá um elenco variado de matérias afim de que o aluno possa exercer opção orientado pelo diretor de estudos.

Em sua área de concentração o candidato escolherá certo número de matérias, complementada por outra ou outras escolhidas em campo conexo. O total de estudos exigidos para completar o curso poderá ser avaliado em créditos ou unidades equivalentes. Sistema, que aliás, já vem sendo adotado no curso de mestrado mantido pelo Instituto de Química da Universidade do Brasil. Neste curso requer-se um mínimo de 30 créditos, correspondendo o crédito a cada 17 horas de aulas teóricas ou equivalentes. Por não existir ainda unidade de crédito convencionada para nosso ensino superior deixamos de empregar esse critério de avaliação. Mas, considerando-se que na pós-graduação se há de conceder ao aluno certa margem de tempo para os seus estudos e trabalhos de pesquisas individuais, calculamos que seria suficiente, para o mestrado e doutorado, o total de 360 a 450 horas de trabalhos escolares, aulas, seminários ou atividades de laboratórios, por ano letivo.

O programa de estudo comportará duas fases. A primeira fase compreende principalmente a freqüência às aulas, seminários culminando com um exame geral que verifique o aproveitamento e a capacidade do candidato. No segundo período o aluno se dedicará mais à investigação de um tópico especial da matéria de opção, preparando a dissertação ou tese que exprimirá o resultado de suas pesquisas.

Embora o mestrado e o doutorado represente um escalonamento da pós-graduação, esses cursos podem ser considerados como relativamente autônomos. Isto é, o mestrado não constitui obrigatoriamente requisito prévio para inscrição no curso de doutorado. É admissível que em certos campos do saber ou da profissão se ofereçam apenas programas de doutorado. De qualquer modo, seguindo tradição



generalizada em todos os países, não se aconselharia a instituição do mestrado em Medicina.

Outro ponto importante é a determinação dos tipos de doutorado e respectiva designação, recomendando-se certa sistemática e uniformidade dos graus. É comum se distinguirem os graus acadêmicos ou de pesquisa e os graus profissionais. Nos Estados Unidos, conforme vimos, o doutorado de pesquisa é o Ph.D, ou seja, *Philosophiae Doctor*, segundo o modelo germânico e que se aplica a qualquer setor de conhecimento. Assim temos o Ph.D em Física, Sociologia, Letras, Biologia, etc. ou em Filosofia propriamente dita. Na França cobrindo toda área das ciências e Humanidades, temos o *Docteur às Sciences* e o *Docteur às Lettres* equivalendo às matérias estudadas, respectivamente, na *Faculté des Sciences* e na *Faculté des Lettres* (hoje *Faculté des Lettres et Sciences Humaines*). Na Alemanha, além do *Dr. Philosophiae* relativo às diversas seções da Faculdade de Filosofia, existe o *Dr. Rerum Naturalium*, que abrange o campo das ciências naturais ou exatas, o *Dr. Rerum Politicarum*, que compreende o campo das ciências sociais e econômicas, além dos diversos doutorados relativos às profissões liberais tradicionais.

Se atendermos a que a nossa Faculdade de Filosofia cobre todo o campo das ciências e das letras e tem como um de seus objetivos essenciais a formação de pesquisadores, poderíamos adotar a expressão Ph.D para designar o doutorado de pesquisa. Neste caso entende-se que a pós-graduação de pesquisas ou acadêmica seria objeto de uma coordenação central incluindo as disciplinas científicas ou literárias do ciclo básico das faculdades profissionais. Os problemas intrincados e insolúveis de classificação dos diferentes tipos de conhecimento aconselhariam a solução cômoda do Ph.D. Considerando-se, todavia, que esse título não teria ressonância em nosso ambiente universitário, havendo já universidades como a de São Paulo, onde se concede regularmente o doutorado em ciências, é preferível não adotar o Ph.D. A dicotomia doutor em ciências e doutor em letras suscita várias dificuldades quanto à inclusão de certas matérias em qualquer uma dessas categorias, desde que não possuímos a tradição francesa das duas faculdades de ciências e de letras. Poderíamos acrescentar um terceiro campo, o das ciências humanas, que também não estaria ao

abrigo de toda objeção em matéria de classificação das ciências. Como é possível lograr-se uma classificação sistemática livre de qualquer objeção sugerimos que o doutorado seja articulado com as quatro grandes áreas seguintes: Letras, Ciências Naturais, Ciências Humanas e Filosofia. Quanto aos doutorados profissionais, teriam a designação do curso correspondente como, por exemplo, Doutor em Engenharia, Doutor em Medicina, etc.

No que concerne ao Mestrado deparam-se-nos idênticas dificuldades. Seria de todo inconveniente adotar a expressão Mestre das Artes (MA) uma vez que o termo Artes perdeu, entre nós, a significação primitiva de artes liberais, isto é, o conjunto das disciplinas científicas e literárias que formavam o conteúdo da Faculdade das Artes da Universidade Medieval. Justifica-se o uso da expressão nos Estados Unidos e na Inglaterra porque ainda hoje, nestes países, se conserva a denominação, de origem medieval, de Colégio das Artes Liberais e Faculdades das Artes. Para evitar maiores complicações propomos que o mestrado seja qualificado pela denominação do curso, área ou matéria correspondente.

A luz da doutrina aqui exposta sobre a natureza e processos da pós-graduação, podemos formular as seguintes conclusões sobre as características fundamentais dos cursos pós-graduados correspondentes aos dois níveis:

A pós-graduação de que trata a alínea b do artigo 69 da Lei de Diretrizes e Bases é constituída pelo ciclo de cursos regulares em seguimento à graduação e que visam a desenvolver e aprofundar a formação adquirida nos cursos de graduação e conduzem à obtenção de grau acadêmico.

A pós-graduação compreenderá dois níveis de formação: Mestrado e Doutorado. Embora hierarquizados, o mestrado não constitui condição indispensável à inscrição no curso de doutorado.

O mestrado pode ser encarado como etapa preliminar na obtenção do grau de doutor ou como grau terminal.

O doutorado tem por fim proporcionar formação científica ou cultural ampla e aprofundada, desenvolvendo a capacidade de pesquisa e poder criados nos diferentes ramos do saber.

O doutorado de pesquisa terá a designação das seguintes áreas: Letras, Ciências Naturais, Ciências Humanas e Filosofia; os doutorados profissionais se denominam segundo os cursos de graduação correspondentes. O mestrado será qualificado pelo curso de graduação, área ou matéria a que se refere.

Os cursos de mestrado e doutorado devem ter a duração mínima de um e dois anos respectivamente. Além do preparo da dissertação ou tese, o candidato deverá estudar certo número de matérias relativas à sua área de concentração e ao domínio conexo, submeter-se a exames parciais e gerais, e provas que verifiquem a capacidade de leitura em línguas estrangeiras. Pelo menos uma para o mestrado e duas para o doutorado.

Por área de concentração entende-se o campo específico de conhecimento que constituirá o objeto de estudos escolhido pelo candidato, e por domínio conexo qualquer matéria não pertencente àquele campo, mas considerada conveniente ou necessária para completar sua formação.

O estabelecimento deve oferecer um elenco variado de matérias a fim de que o candidato possa exercer sua opção. As matérias, de preferência, serão ministradas sob a forma de cursos monográficos dos quais, seja em preleções, seja em seminários, o professor desenvolverá, em profundidade, um assunto determinado.

Do candidato ao Mestrado exige-se dissertação, sobre a qual será examinado, em que revele domínio do tema escolhido e capacidade de sistematização; para o grau de Doutor requer-se defesa de tese que represente trabalho de pesquisa importando em real contribuição para o conhecimento do tema.

O programa de estudos do Mestrado e Doutorado se caracterizará por grande flexibilidade, deixando-se ampla liberdade de iniciativa ao candidato que receberá assistência e orientação de um diretor de estudos. constará o programa, sobretudo, de seminários, trabalhos de pesquisa, atividades de laboratório com a participação ativa dos alunos.

O mesmo curso de pós-graduação poderá receber diplomados provenientes de cursos de graduação diversos, desde que apresentem certa afinidade. Assim, por exemplo, ao mestrado ou doutorado em Administração Pública poderiam ser admitidos

bacharéis em Direito ou Economia; em Biologia, Médicos ou diplomados em História Natural.

Para matrícula nos cursos de pós-graduação, além do diploma do curso de graduação exigido por lei, as instituições poderão estabelecer requisitos que assegurem rigorosa seleção intelectual dos candidatos. Se os cursos de graduação devem ser abertos ao maior número, por sua natureza, a pós-graduação há de ser restrita aos mais aptos.

Nas Universidades a pós-graduação de pesquisa ou acadêmica deve ser objeto de coordenação central, abrangendo toda área das ciências e das letras, inclusive das que fazem parte do ciclo básico das faculdades profissionais.

Conforme o caso, aos candidatos ao doutorado serão confiadas tarefas docentes, sem prejuízo do tempo destinado aos seus estudos e trabalhos de pesquisa.

Aconselha-se que a pós-graduação se faça em regime de tempo integral, pelo menos no que se refere à duração mínima dos cursos.

Os cursos de pós-graduação devem ser aprovados pelo Conselho Federal de Educação para que seus diplomas sejam registrados no Ministério da Educação e possam produzir efeitos legais. Para isso o Conselho baixará normas fixando os critérios de aprovação dos cursos.

(aa.) A. Almeida Júnior, Presidente da C.E.Su – Newton Sucupira, relator. – Clóvis Salgado, José Barreto Filho, Maurício Rocha e Silva, Durmeval Trigueiro, Alceu Amoroso Lima, Anísio Teixeira, Valnir Chagas e Rubens Maciel.

## **ANEXO 2 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – MANDADO DE SEGURANÇA N. 7.407/DF**

Mandado de Segurança n. 7.407/DF (2001-0022843-7)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Impetrante: Carlos Alberto Carvalho de Vilhena Coelho – por si e representando

Impetrante: Márcia Marques de Oliveira De Vilhena Coelho – por si e representando

Advogado: Aristides Junqueira Alvarenga e outros

Impetrado: Ministro de Estado da Educação

### **Ementa**

Mandado de segurança. Ensino fundamental. Currículo ministrado pelos pais independente da frequência à escola. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo. Ilegalidade e/ou abusividade do ato impugnado. Inocorrência. Lei n. 1.533/51, artigo 1º; Constituição Federal, artigos 205 e 208, parágrafo 3º; Lei n. 9.394/60, artigo 24, VI e Lei n. 8.096/90, artigos 5º, 53 e 129.

1. Direito líquido e certo é o expresso em lei, que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas.

2. Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno.

3. Segurança denegada à minguia da existência de direito líquido e certo.

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas



taquigráficas a seguir, por maioria, denegou a segurança. Vencidos os Senhores Ministros Franciulli Netto e Paulo Medina. Votaram com o Relator os Ministros Humberto Gomes de Barros, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Laurita Vaz e Garcia Vieira.

Brasília-DF, 24 de abril de 2002 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Presidente

MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

Relator

### **Relatório**

Excelentíssimo Senhor Ministro Francisco Peçanha Martins:

Carlos Alberto Carvalho de Vilhena Coelho e esposa, por si e representando três filhos menores impúberes, Felipe, Gabriele e Pedro Henrique (respectivamente, com 9, 8 e 6 anos), impetram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Ministro da Educação que homologou o Parecer n. 34/2000 da Câmara de Ensino Básico do Conselho Nacional de Educação – CEB/CNE denegatório da pretensão de que os mencionados menores sejam educados por seus pais – no que concerne ao ensino fundamental –, no recesso do lar e independentemente de frequência ao estabelecimento de ensino no qual estão matriculados, que avaliará os conhecimentos ministrados por ocasião das provas regularmente aplicadas aos demais alunos, como tem sido feito com sucesso, aliás evidenciando a eficiência de tal procedimento.

Invocam em seu prol dispositivos da Constituição Federal, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, da Declaração Universal de Direitos Humanos e o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (verbetes: frequentar), procurando demonstrar, em elaboradas considerações, a desnecessidade da frequência (cujo real sentido é mais amplo do que o conferido pelo impetrado) à escola, para que os

educandos possam receber os ensinamentos necessários à sua formação em todos os sentidos, inclusive quanto à sua participação e integração na comunidade escolar e na sociedade, como dizem fartamente comprovado através dos documentos acostados à inicial.

Indeferido o pedido de liminar, face à inexistência do *fumus boni juris* (fl. 533); foi citado o Colégio Imaculada Conceição Ltda. de Anápolis para integrar a lide como litisconsorte passivo necessário, que ofereceu resposta às fls. 554-582, juntando documentos.

A autoridade impetrada atendeu ao pedido de informações corroborando os pronunciamentos da sua Consultoria Jurídica alegando, resumidamente, a impropriedade da via eleita face à inexistência de direito líquido e certo dos impetrantes a ser protegido por mandado de segurança; os fundamentos da pretensão dos autores espelham convicções filosóficas e político-educacionais que não cabem ser dirimidas em ação desta espécie; alude a dispositivos específicos da Constitucional Federal (arts. 205 e 208, § 3º), da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 24, VI) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90, arts. 5º, 54, 55 e 129), referentes ao direito à educação e à responsabilidade dos pais, inclusive quanto à obrigação de matricular seus filhos, bem como à necessidade da freqüência às aulas e seu controle pelos estabelecimentos de ensino.

A douta Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer favorável à concessão da segurança com a seguinte conclusão:

“Pelo exposto, opino pela concessão da presente ordem de Mandado de Segurança para, nos termos do pedido, assegurar aos pais-impetrantes o direito de educar os filhos menores, matriculando-os na escola que escolherem, a qual se incumbirá de avaliar as crianças relativamente às matérias obrigatórias consideradas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, expedindo-lhes o certificado escolar correspondente e prescindindo, as crianças, de estarem presentes nas salas de aula nos percentuais exigidos naquela norma de regência, não afastado, a toda evidência, o dever do Ministério da Educação de acompanhar e, eventualmente, disciplinar essa situação assaz peculiar.”

É o relatório.

### **Voto**

O Excelentíssimo Senhor Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

Segundo afirmam os impetrantes, no ano de 2000, postularam junto ao Conselho Estadual de Educação de Goiás que os ensinamentos concernentes aos quatro primeiros anos do curso fundamental fossem ministrados pelo casal Vilhena Coelho aos seus filhos menores, em sua residência, sem necessidade da frequência diuturna à escola, onde compareceriam apenas nas ocasiões de aplicação das provas.

Naquele ano, ao serem matriculados no Colégio Imaculada Conceição Ltda., em Anápolis, em cumprimento ao artigo 24, II, “c”, da Lei n. 9.394/96, e porque antes jamais tinham freqüentado os bancos escolares, os menores em questão foram submetidos a prévia avaliação constatando-se, na oportunidade estarem, pelo menos, um ano à frente das séries correspondentes às suas idades.

Considerando que a matéria extrapolava seus limites de competência, o órgão estadual encaminhou o requerimento ao Conselho Nacional de Educação que, através do Parecer n. 34/2000 da Câmara de Ensino Básico, o indeferiu, decisão homologada pelo Ministro da Educação em despacho publicado no *DOU*, de 18.12.2000.

Afirmam os impetrantes que: “A decisão ministerial, que imprime força executiva ao citado parecer, negou aos pais-impetrantes o direito de serem os professores de seus filhos, educando-os em casa e levando-os à escola, de livre escolha da família e na qual estão matriculados, apenas para realizarem provas”, razão pela qual ajuizaram a presente ação de segurança.

Esta a síntese da questão.

O *caput* do artigo 1º da Lei n. 1.533/51 dispõe:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade seja de que categoria for e sejam as funções que exerça.”



O mandado de segurança repousa nos seguintes pressupostos: existência de direito líquido e certo comprovável de plano, ilegalidade do ato ou abuso de poder da autoridade.

Direito líquido e certo é o que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas. No dizer de Hely Lopes Meirelles, para ser amparável por mandado de segurança, o direito invocado há de vir expresso em lei; porém, sendo duvidosa sua existência e seu exercício depender de situações ou fatos indeterminados, não enseja a impetração, podendo ser defendido por outros meios judiciais (cf. *Mandado de segurança*, 20. ed., São Paulo: Malheiros, p. 35).

Exsurge, de logo, a indagação: qual a norma legal que assegura aos impetrantes o direito dos dois primeiros de ensinarem aos demais, em substituição aos professores, as matérias integrantes do currículo escolar e a estes últimos de não freqüentarem a escola com regularidade?

A negativa é corroborada pelos próprios autores ao reproduzirem parte do requerimento dirigido ao Conselho Estadual, onde afirmaram: “(...) a família concluiu que chegou a hora de buscar o reconhecimento estatal dessa modalidade de educação” (p. 6), declaração expressa de que esse método educacional alternativo não se encontra regulamentado na legislação vigente, não se podendo pretender o preenchimento de tal lacuna pelo Judiciário, mormente através de mandado de segurança, numa clara invasão da esfera de competência do Poder Legislativo.

É dever dos pais colaborarem na educação dos filhos (CF, art. 205), até mesmo suplementando os conhecimentos que lhes foram transmitidos na escola. Mas, não se pode admitir que o Ministro da Educação violou o direito líquido e certo dos impetrantes “de serem professores de seus próprios filhos” (sic), como expressamente alegado na inicial, pois, a despeito de suas qualificações subjetivas, não atendem às exigências legais para o exercício do magistério no âmbito pretendido – nem isto está comprovado nos autos – atribuído a categoria profissional regulamentada.

Vejamos agora os dispositivos constitucionais e legais que embasaram o indeferimento da pretensão dos autores.

*Constituição Federal:*

“Artigo 205 – A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Artigo 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

§ 3º - Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.”

*Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/60):*

“Artigo 24 – A educação básica, nos níveis fundamentais e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

(...)

VI - o controle da freqüência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a freqüência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação.”

*Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.096/90):*

“Artigo 5º – Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Artigo 53 – A criança e o adolescente têm direito a educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhe:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

Artigo 129 - São medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis:

(...)

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e acompanhamento escolar.”

Diante desses dispositivos constitucionais e legais, a segunda pergunta que se apresenta é: onde, quando e como a autoridade impetrada os violou, praticando ilegalidade, ou cometendo ato abusivo?

É manifesta a insatisfação dos requisitos indispensáveis à viabilidade da ação mandamental, já que inexistente ilegalidade ou abusividade no ato, não havendo direito líquido e certo a ser amparado. Assim, os argumentos expendidos na inicial e no pronunciamento da litisconsorte, não passam de esforço interpretativo buscando demonstrar qual seria o entendimento desejável das normas acima transcritas, o que, só por si, afasta a certeza e liquidez do pretense direito, autorizando também concluir-se que a impetração é direcionada contra lei em tese, vedada pela Súmula n. 266/STF.

Demais disso, é cediço que o litisconsórcio se caracteriza quando vários autores litigam contra um réu ou vice-versa, ou, então, vários autores litigam contra vários réus. O litisconsórcio necessário é aquele em que o juiz, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, tiver de decidir a causa de modo uniforme para todas as partes, caso em que a eficácia da sentença dependerá da sua instauração. Quando a relação litisconsorcial se estabelece no pólo passivo da ação, obviamente o litisconsorte passivo necessário alinha-se ao lado do réu defendendo e argumentando em defesa deste. No caso presente, a litisconsorte, Escola Imaculada Conceição, ao invés de ficar ao lado do impetrado, manifestou-se totalmente em favor da tese dos impetrantes, o que é de estranhar, porquanto está obrigada a defender o cumprimento da lei no que diz respeito ao controle da frequência dos alunos.

É inconteste que na conjuntura atual, quando se procura erradicar o analfabetismo, reduzir o absenteísmo escolar, retirar menores e adolescentes das ruas, estimular o retorno às escolas etc., o ordenamento jurídico em vigor no país pertinente ao ensino básico fundamental, constante de preceitos constitucionais e legais, dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, com colaboração da sociedade, competindo ao poder público, aos pais ou responsáveis e aos estabelecimentos de ensino controlar a frequência às escolas, que não poderá ser

inferior a setenta e cinco por cento do total de horas do período letivo para a aprovação.

São comoventes as constantes reportagens da TV sobre professoras abnegadas e pessimamente remuneradas, nos mais distantes rincões do país, improvisando salas de aulas; alunos encanecidos desenhando letras com as mãos calejadas pela labuta diária; crianças percorrendo quilômetros a pé, ou em transportes precários como frágeis canoas nos igarapés amazonenses, a fim de comparecerem às escolas. Outro tanto se diga em relação a programas desenvolvidos por diversas entidades privadas e governamentais, despertando o interesse de menores e adolescentes por atividades culturais e esportivas.

Os filhos não são dos pais, como pensam os autores. São pessoas com direitos e deveres, cujas personalidades se devem forjar desde a adolescência em meio a iguais, no convívio social formador da cidadania. Aos pais cabem, sim, as obrigações de manter e educar os filhos consoante a Constituição e as leis do País, asseguradoras do direito do menor à escola (arts. 5º e 53, I, da Lei n. 8.096/90) e impositivas de providências e sanções voltadas à educação dos jovens como se observa no artigo 129, e incisos, da Lei n. 8.096/90 supra transcritos, e artigo 246, do Código Penal, que define como crime contra a assistência familiar “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”, cominando a pena de “detenção de quinze dias a um mês, ou multa, de vinte centavos a cinquenta centavos”.

Esses os motivos pelos quais, à míngua de direito líquido e certo dos autores, denego a segurança.

**MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS**

Relator

Brasília, 26 de setembro de 2001

### **Voto-Vista**

O Excelentíssimo Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros:

Os impetrantes desafiam ato do Senhor Ministro da Educação, que lhes denegou a pretensão de ministrarem educação fundamental a seus filhos menores, sem que estes freqüentem escola regular. A teor da pretensão, embora matriculados em estabelecimento escolar, os menores apenas se apresentariam, para avaliação de conhecimentos, submetendo-se, juntamente com os demais alunos, aos exames periódicos.

Fincam o pedido em argumentação, que resumo, assim:

a) as crianças estão matriculadas em escola particular, à qual prestaram exames, nas mesmas oportunidades em que o fizeram seus colegas de turmas;

b) além do currículo básico, elas recebem aulas de música, inglês, hipismo, tênis, matemática e religião. Participam, também de campeonatos, atividades culturais, participando, ainda de programa radiofônico;

c) tal situação amolda-se ao preceito constitucional de que o dever de o Estado prestar educação é supletivo daquele imposto à família. Ao Estado compete, simplesmente, aferir o grau de conhecimentos ministrados aos meninos em idade escolar, velando para que se realize a meta constitucional de que todos os brasileiros tenham formação intelectual mínima;

d) nada impõe, entretanto, que a instrução elementar observe formalidades como aquela de freqüência à escola;

e) quando exige o comparecimento à escola, o Senhor Ministro da Educação dispensa interpretação equivocada ao artigo 208, parágrafo 3º da Constituição Federal, ofendendo-o. É que o termo *freqüência*, utilizado no texto desse artigo é muito elástico, traduzindo apenas regularidade. Pode-se freqüentar a determinado ambiente, semanal, mensal ou anualmente. Exigir freqüência diária é ir além daquilo que o Constituinte pretendeu;

f) em verdade, se o Artigo 208 quisesse freqüência diária, teria sido expresso em tal assertiva;

g) tampouco a Constituição Federal reservou à Lei o encargo de definir o período da freqüência escolar. Se o pretendesse fazer, teria utilizado a clássica expressão “na forma da lei”;

h) se assim ocorre, as normas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, restringindo a liberdade garantida no texto constitucional dirige-se estritamente às crianças cujos pais são incapazes de ministrar ensino domiciliar;

i) o sistema de escola domiciliar permite ao Poder Público cumprir fielmente o artigo 208, 3º da Constituição Federal, dando-lhe oportunidade de recensear os educandos, fazer-lhes chamada, zelar pela freqüência à escola. É que as crianças estarão, sempre, matriculadas, ao alcance do controle estatal;

j) a Declaração Universal de Direitos Humanos – da qual o Brasil é subscritor – é peremptória ao dizer que “os pais têm, prioritariamente, o direito de escolher o tipo de educação que querem dar a seus filhos”.

O Senhor Ministro prestou informações, dizendo:

a) a freqüência à escola é direito dos menores, previsto na Constituição Federal e regulamentado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação e pelo Estatuto da Criança. Tal regulamento não pode ser desafiado pela convicção filosófica dos pais;

b) mesmo reconhecida, a capacidade dos pais, para ministrar boa educação não basta para privar a criança do direito ao convívio escolar;

c) não pode o Poder Judiciário desprezar o ordenamento jurídico em favor da convicção política e filosófica dos pais. Semelhante impossibilidade é tanto mais evidente, quando se trata de Mandado de Segurança;

O Ministério Público Federal, em preciosa manifestação lançada pelo eminente Subprocurador-Geral da República Antônio Augusto César, recomenda se conceda a Segurança. O Parecer aponta como fundamento de direito em favor dos autores, o artigo 26 da Declaração dos Direitos Humanos, em conjunção com o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Para o Ministério Público Federal, o sistema consagrado no Capítulo III, Seção I, Título VIII da Constituição Federal vincula o Estado, mas não os pais. Toma como exemplo demonstrativo da tese, o inciso I ao artigo 206, assegurando igualdade de acesso e permanência na escola – este comando, afirma o Parecer, não se dirige aos pais – mas ao próprio Estado. Assim, a regra que impõe a obrigatoriedade da educação tem como inspiração teleológica a profilaxia do desleixo estatal, relativamente à

educação. Dirige-se, pois, ao Estado e ganha eficácia, somente, nos locais em que a oferta de vagas seja inferior ao número de crianças em idade escolar. Vale dizer, onde houver suficiente oferta de escola, os preceitos constitucionais resultam inócuos, por inutilidade.

Por igual, as normas constitucionais mostram-se dispensáveis, nas situações em que a estrutura familiar torne dispensável a educação formal. Na hipótese em exame, tal situação ocorre. Por isso, os pais ficam inteiramente livres da obrigação de mandarem seus filhos à Escola. Quando isso acontece, os pais, longe de estarem desobedecendo à lei, abrem mão de uma garantia. Neste caso, eles estão suprimindo deficiência do Estado.

Não poderia o Senhor Ministro indeferir a pretensão em litígio, sem avaliação individual das crianças.

O Ministro Relator denega a ordem, à míngua de norma legal que autorize os pais a substituírem a escola, na formação sócio-intelectual de seus filhos, até mesmo porque, no caso, eles não atendem as exigências legais para o exercício do magistério.

No final do voto, o eminente Ministro Peçanha Martins observa que :

“Os filhos não são dos pais, como pensam os autores. São pessoas com direitos e deveres, cujas personalidades se devem forjar desde a adolescência em meio a iguais, no convívio social, formador da cidadania. Aos pais cabem, sim, as obrigações de manter e educar os filhos consoante a Constituição e as leis do país, asseguradoras do direito do menor à escola (arts. 5º e 53, I, da Lei n. 8.096/90) e impositivas de providências e sanções voltadas à educação dos jovens, como se observa no artigo 129 e incisos, da Lei n. 8.096/90 supra transcritos, e artigo 246, do Código Penal, que define como crime contra assistência familiar ‘deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar (...)’.”

Pedi vista, porque me impressionou o choque dos brilhantes argumentos que acabo de resumir. Não sou técnico em educação. Minha experiência, no assunto resulta de haver criado quatro filhos que resultaram em atuais bons cidadãos. Procurei criá-los como cidadãos comuns, evitando, mesmo, que eles tirassem proveito de minhas

circunstanciais vitórias profissionais, transmiti-lhes três preocupações que meu saudoso pai guardava em relação a mim: não tirar dez em comportamento; não ser primeiro da classe e não chegar em casa humilhado. Dizia ele: menino que tira dez em comportamento está doente ou é mau caráter; ser primeiro de classe é fator de soberba; apanhar sem reagir é covardia, inadmissível em quem pretende ser cidadão. Embora me tenha proporcionado acesso à boa cultura humanística, para ele, o convívio escolar funcionava como vacina contra a submissão e a arrogância: para ele, duas terríveis doenças da cidadania.

Diante de tão pragmática experiência, não me sinto habilitado a avançar considerações políticas em torno do tema. Limito-me à seara do juiz, no julgamento do mandado de segurança: o ordenamento jurídico. Neste terreno, observo que nossa Constituição Federal trata a educação como algo que transcende o mero implante de conhecimentos. Em verdade o direito à educação tem como meta o “preparo para o exercício da cidadania” (CF, art. 205).

Bem ou mal, o constituinte entendeu que o preparo para a cidadania não dispensa o convívio escolar, tanto que o zelo pela frequência escolar é um dos encargos do Poder Público (arts. 205 e 208, § 3º).

Se assim ocorre, a exigência de frequência, inscrita no artigo 24, VI da Lei de Diretrizes e Bases da Educação afina-se com o sistema constitucional. Se assim ocorre, o ato impugnado não padece de ilegalidade. Por isso, acompanho o eminente Relator, denegando a segurança.

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS

### **Voto**

O Excelentíssimo Senhor Ministro Francisco Falcão:

Senhor Presidente, acompanho integralmente o voto do eminente Ministro-Relator, com os acréscimos feitos pela nobre Ministra Eliana Calmon.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO



**Voto Antecipado**

O Excelentíssimo Senhor Ministro Garcia Vieira (Relator):

Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

Entendo que, de acordo com o artigo 208 da Constituição, o ensino fundamental é obrigatório; então, é obrigação do Estado ministrar esse ensino. O parágrafo 3º do mesmo artigo diz que “compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola”.

Pelo dispositivo constitucional, o aluno tem, então, que freqüentar a escola; é obrigatório.

Peço vênia aos que entendem em sentido contrário para acompanhar o voto do Senhor Ministro-Relator.

MINISTRO GARCIA VIEIRA (RELATOR)

**Voto-Vista**

O Excelentíssimo Senhor Ministro Franciulli Netto:

Com a permissão de Manuel Bandeira, visualiza-se Pasárgada. Um lugarzinho aprazível perdido no horizonte, devidamente modernizado para a aurora do Século XXI. Ali mora um povo feliz em uma sociedade que faria inveja à Utopia e Cidade do Sol.

Não há problemas habitacionais e o transporte coletivo é de primeiro mundo. Há impostos, afinal os próceres pasarguenses são de carne e osso e não podem fazer milagres. Mas, em compensação, os impostos são canalizados para as necessidades gerais da sociedade, de sorte que, praticamente, não existem taxas. Nem bi, tri ..., politributação. Exemplifica-se: pago imposto na aquisição de um veículo motorizado para uso próprio, nem pensar em imposto sobre a propriedade; como o veículo foi fabricado para rodar, se alguém se atrever a pensar em pedágio...

Lá, em Pasárgada, as escolas estão adaptadas em edifícios funcionais e bem construídos. As salas de aula são amplas, ensolaradas e arejadas. Pasmem, possuem janelas. Cada criança é acomodada em carteiras com assentos funcionais.

A escola conta com todos os benefícios do progresso, tais como plena informatização, incluído o acesso à *internet*, correio eletrônico, equipamentos para teleconferência, biblioteca, cinema, videoteca, cdteca, dvdteca, ludoteca, entre outros.

Sem perder as mais lídimas tradições depuradas século após século pela humanidade, a escola dispõe de praças esportivas, piscinas com água quente, hidromassagem, e está aparelhada para o ensino de canto orfeônico, piano, cravo, violino – barroco e moderno – violoncelo, viola clássica, alaúde, teorba, viola da gamba, harpa, traverso, flauta doce, xilofone, triângulo, marimba, berimbau, trompa, oboé, clarineta, tímpano, guitarra, saxofone, contrabaixo, ocarina, cavaquinho etc.

Há formação humanista. As crianças aprendem línguas clássicas e modernas. Lêem Virgílio, Ovídio, Homero, Shakespeare, Dante, Camões, Cervantes, Camilo Castelo Branco, Herculano, Machado de Assis, Carlos Heitor Cony ...

Na hora do recreio há carrinho de rolimã, peão, perna-de- pau, massinha de modelar, pipas para serem empinadas (mesmo porque em Pasárgada a rede elétrica é subterrânea), bolinha de gude, bete, quadra de amarelinha, coleção de gibis da Turma da Mônica, Disney – incluídas as histórias do professor Pardal –, sem esquecer do videogame, dos “novos” patinetes, dos robôs, tudo com a supervisão de monitores especializados em diversão infanto-juvenil.

O ensino das ciências conta com laboratórios altamente sofisticados, com microscópios e outros instrumentos de tecnologia de ponta, da quarta geração. Aulas práticas e teóricas ministradas por professores de alto coturno etc.

Os professores, alegres, sorridentes e bem remunerados, são portadores de qualificação pedagógica e técnica da disciplina que ensinam. Todos eles estão de bem com a vida. Até falam bem do Ministro da Educação de lá. Transmitem mensagens otimistas, augurando a Pasárgada um futuro inimaginável.

Dentro do recinto da escola ou fora dele, de violência não há cogitar. Armas, nem de brinquedo. Nunca se soube de nenhum ato desse jaez. Seria um exercício de

ficção, de um filme de terror, imaginar um mestre baleado ou agredido por aluno, ou alunos se agredindo entre si. De drogas, nunca se cuidou.

Não há pena de morte estatizada; tampouco, privatizada, mesmo porque, em Pasárgada, de longa data foi abolida a pena de talião.

O rendimento médio dos alunos, de um a dez, nunca foi inferior a sete. Poderia ser até maior, mas em Pasárgada cada aluno produz de acordo com seu ritmo de estudo e estilo pessoal. A capacidade dos estudantes não é mensurada por notas, mas pelo seu aperfeiçoamento como pessoa e como membro do grupo social. Nem Ateneu nem Caraça.

Em Pasárgada, entre outras inúmeras famílias, reside a família Silva, suscetível de ser enquadrada na classe média. Pois bem, com uma rede de ensino dessa estirpe, ainda assim, em Pasárgada, nunca ninguém se atreveu a proibir que a família Silva educasse seus filhos em casa, conquanto fossem submetidos às avaliações escolares de aptidão, sociabilidade e educacionais em geral. Educar os filhos em casa ou, como diria Raul Pompéia: educá-los “na estufa de carinho que é o regime do amor doméstico” (*O ateneu*).

Para o exame da controvérsia posta nos autos, em que uma família brasileira pretende educar seus filhos em casa, impõe-se, inicialmente, seja levada a efeito cuidadosa ponderação entre as disposições constitucionais e legais sobre o direito à Educação no Estado de Direito e suas relações com os direitos de liberdade de organização da família.

A Constituição de 1988 trata do direito fundamental à educação no Capítulo III, Seção I, do Título VIII (Da ordem social), e a ele dedica 10 artigos, dos quais permita-se transcrever os seguintes:

“Artigo 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Artigo 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (...).

Artigo 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

(...)

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.”

Pela simples leitura dos dispositivos supra, conclui-se, portanto, que o Estado brasileiro se obrigou a garantir a prestação do ensino fundamental a todos os seus cidadãos, independentemente da idade e sob responsabilidade da autoridade competente.

Tal dever também é confiado à família, que, por esse motivo, está sujeita à fiscalização do Estado para que seja assegurada a frequência à escola.

Nada obstante, esclarece a Carta Magna, em harmonia com os princípios constitucionais insculpidos em seu artigo 5º, que os cidadãos são livres para “aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, bem como que a educação não visa apenas à aquisição de conhecimento técnico ou científico, mas sim “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

É de ver, assim, que tem o indivíduo a faculdade de se educar segundo a própria determinação, desde que o método escolhido proporcione seu pleno

desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Seguindo essa lógica, a própria Constituição de 1988, expressamente, permitiu o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”. Tal circunstância, todavia, como acima mencionado, não impede que, para se atingir o escopo do processo educacional, utilize-se a sociedade de outros instrumentos e métodos, a par da existência da escola tradicional.

Em relação à família e à criança, por seu turno, assim dispõe a Constituição Federal:

“Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (...).

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Artigo 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

É de fácil inferência, sobretudo após o exame dos artigos acima transcritos, que a Constituição Federal reconhece a precedência da família a qualquer organização social, até mesmo ao Estado, já que constitui ela a própria *base da sociedade*, pois, como bem disse Pestalozzi, “a casa paterna é o fundamento de toda a cultura humana”.

Dessarte, o conteúdo das normas constitucionais disciplinadoras do direito à educação deve ser investigado em consonância com os preceitos relativos à família, de maneira a evitar qualquer contradição. Se é dever do Estado e da família garantir a educação e ao Estado a promoção do bem-estar da família, a vontade familiar prevalece na determinação dos métodos e concepções pedagógicas.

Nunca se pode esquecer que “o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo” (Ives Gandra da Silva Martins, Lei positiva e lei natural, *Caderno de Direito Natural*, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, n. 1, p. 27, 1985).

Se os pais pretendem educar seus filhos em casa, como é a hipótese vertente, compete ao Estado, assim, apenas fiscalizar as atividades da família para garantir que a educação ofertada, efetivamente, possibilite o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, assegurada a “formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e religiosos”, nos termos do artigo 210 da Constituição Federal.

A legislação infraconstitucional sobre a matéria, de outra parte, não colide com a disciplina constitucional, uma vez que a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, se limita a repetir os princípios e normas constitucionais e acrescenta algumas regras, apenas para regulamentar o que já foi estabelecido.

Preservou-se, assim, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional o escopo da educação, que é o de “garantir o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 2º). Ressaltou-se, mais uma vez, que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (art. 1º). Prestigiou-se, também, “a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber” (art. 3º, inc. II),

bem assim o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas” (inc. III) e “o respeito à liberdade e o apreço à tolerância” (inc. IV).

Reza, outrossim, a Lei n. 9.394/96 que a educação é um direito público subjetivo e que “se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias” e, em seguida, disciplina como deverá ser realizada a educação nas escolas.

Como é de ver, em harmonia com as disposições constitucionais, a lei federal busca defender o direito à educação de todo o cidadão, mas ressalva a *liberdade de aprender*. Com esse desejo, então, passa a regular a qualidade do ensino que será oferecido nas escolas, fixando, por exemplo, os objetivos do ensino fundamental (art. 32).

Conclui-se, portanto, que a regulamentação específica, sobretudo no que tange à carga horária de cada curso e jornada diária em sala de aula, diz respeito apenas à educação tradicional, que, entretanto, segundo se depreende pela análise sistemática do diploma em questão, não é a única forma de aprendizado.

Ainda que assim não fosse, esgotados os métodos tradicionais de interpretação, ainda assim é possível a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a equidade e os princípios gerais de direito.

Ora, é de conhecimento notório que, com as dificuldades da vida moderna, os pais sequer vêem seus filhos (acordados) todos os dias e os deixam, em geral, aos cuidados de babás e empregadas domésticas, quando não em escolas que operam em regime de internato ou semi-internato.

Diante desse quadro, no intuito de proteger a integridade psicológica, emocional e até mesmo física das crianças, o Estado tem o dever de fiscalizar o pátrio poder para coibir abusos, mas sempre tendo em vista a liberdade da família de traçar seus próprios caminhos.

É certo que as crianças não são nem dos pais e nem do Estado. Menos verdade não é que, antes do Estado, pertence aos pais a responsabilidade para proporcionar educação a seus filhos e, parafraseando Planiol, poder-se-á dizer, *mutatis mutandis*, que o Estado não é soberano sobre a família, porque a família precedeu o próprio

Estado e lhe preexistiu, como instituição de natureza definida e como célula *mater* da sociedade (e não célula *mártir*).

A família é o primeiro templo em que a criança aprende a rezar; a primeira escola que lhe ensina a falar; enfim, o mundo onde começa a caminhar.

Em face do princípio da subsidiariedade, entre homem e o Estado existem inúmeras sociedades menores. Se se imaginar um círculo de várias esferas concêntricas, dever-se-á evidenciar que se deve dar prioridade a sociedades menores. Em outras palavras, as maiores devem abster-se de realizar aquilo que poderá ser feito pelas menores.

Segundo Johannes Messner, tal princípio “regula competências baseadas em esferas de responsabilidade. É, assim, um princípio jurídico. Com efeito, competências fundamentadas em responsabilidades próprias são direitos; a ordem jurídica é ordem de competências ...” (cf. *Ética social: o direito natural no mundo moderno*, São Paulo: Quadrante/Editora da Universidade de São Paulo, p. 286). O corolário daí decorrente é o de que, como a responsabilidade primeva da educação dos filhos compete à família e como a família antecedeu o Estado, daí exsurge que ela possui não uma mera faculdade, mas sim um verdadeiro direito.

Para quem defende o monopólio do Estado para a fixação de regras sobre a educação, conquanto reconhecida sua importância para o aprimoramento da vida social, conveniente é a leitura da advertência de Darcy Azambuja, *verbis*:

“Os homens, em sua imensa maioria, erram e se enganam muito mais do que seria razoável, tal a sua teimosia, imprevidência e ignorância. No círculo limitado de seus interesses, com raríssimas exceções, mostram-se ineptos. Não sabem educar os filhos, nem dirigir a família, nem gerir seus negócios, nem escolher a profissão que melhor lhes ficaria. Perdem dinheiro e tempo, envenenam-se de mil modos, cometem desatinos que lhes custam o sossego, os bens, a honra e até a vida. Não são felizes, nem sequer sabem onde está a felicidade.

Mas, têm uma crença irracional em que alguns homens, que nem mesmo conhecem, poderão, dirigindo o Estado, educar-lhes os filhos, dirigir-lhes a



família, orientar-lhes os negócios e fazê-los felizes. E quanto maior é a incapacidade demonstrada pelos governantes para fazer o bem que eles exigem, maior é o número de coisas que lhes entregam para fazer” (*Teoria geral do Estado*, 4. ed., Globo, 1959, p. 152).

Ora, se os pais se mostram capazes de garantir educação de qualidade aos seus filhos, não há motivo ontológico e teleológico suficiente para a interferência do Estado em detrimento do direito natural da família. Ao Estado cabe um poder coordenador; não determinador ou impositor.

Merece ser sempre lembrada a tragédia de Antígona (cf. Antígona e Édipo Rei, de Sófocles, escritas em 441 a.C), que aponta a existência de leis cujos preceitos nem mesmo os soberanos poderiam modificar, porque eram “leis não escritas, imutáveis, que não datam de hoje nem de ontem, que ninguém sabe quando apareceram” (cf. Pierre Brunel, *Dicionário de mitos literários*, Rio de Janeiro: José Olympio, 1997, p. 48).

Ulpiano, há muito, também já incluía o direito dos pais de educar os filhos no rol dos direitos naturais, como se pode observar pela leitura do seguinte trecho do Digesto:

“O direito natural é aquele que a natureza ensinou a todos os animais. Na verdade, este direito não é próprio do gênero humano, mas comum a todos os animais que nascem na terra e no mar, e também às aves. Daqui provém a união do macho e da fêmea a que nós chamamos matrimônio, daqui decorre a procriação dos filhos e a sua educação. Na verdade, vemos que os restantes animais, mesmo as feras, parece terem uma noção deste direito. Aquilo que distingue o direito natural do das gentes é fácil de entender, pois que ele é comum a todos os animais e este apenas aos homens” (cf. *Digesta de Justiniano*. Liber Primus I: De Iustitia et Iure. Lib. I. Institutionun, *apud* John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 2. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 96-97).

Embora essa visão seja intensamente criticada, em razão da aproximação do homem aos animais, o trecho supra lembra o pensamento de Platão, pelo qual “a

educação de uma sociedade é a base de toda a argamassa comunitária, e da normatividade natural nela existente” (cf. Paulo Ferreira da Cunha, *Lições de filosofia jurídica: natureza & arte do direito*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 87) e adverte que o ser humano, antes de pertencer a um Estado ou organização social mais refinada, é elemento da natureza, e a intuição não é de todo supérflua pela racionalidade.

E, finalmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem ratifica esse pensamento em seu artigo 26, que dispõe, *verbis*:

“Artigo 26 (Educação)

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais. E deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”.

Desse modo, de acordo com a precisa lição de Jacques Maritain, *verbis*:

“A educação depende, antes e acima de tudo, da família. Pois o fim da família não é apenas procriar, - a promiscuidade seria bastante para isso -, mas procriar seres humanos, educando-os não só física mas espiritualmente. Sob várias modalidades e formas, por toda parte e em todos os tempos, tiveram os homens consciência dessa exigência da lei natural. Eis por que a função do sistema educativo e a função educacional do Estado são apenas funções auxiliares (...).

(...) O alvo colimado pelo Estado é a unidade – unidade que consiste na adesão comum à Carta democrática. Mas, a fim de alcançar essa unidade prática,

torna-se indispensável um sã pluralismo nos meios; diferenciações interiores devem manifestar-se na estrutura do sistema educacional, de maneira a proporcionar um ensinamento eficaz da Carta democrática” (*O homem e o Estado*, 3. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1959, p. 140-142).

Além disso, no Estado brasileiro, como é sabido, a deficiência do sistema educacional é crônica ,- ao contrário de Pasárgada -, e, muitas vezes, as famílias têm mais condições intelectuais, financeiras, afetivas etc. para realizar tudo aquilo que a Constituição Federal preceitua.

Permita-se transcrever, apenas a título de exemplo, a seguinte reportagem publicada na revista *Educação*, em edição de julho de 2000, *verbis*:

“Ao ver o resultado dos textos produzidos por nove estudantes do ensino fundamental de São Paulo, o ministro da Educação, Paulo Renato de Souza, teve uma reação de espanto. 'É o fracasso da escola. Ela tem de fazer o aluno aprender. Temos de cobrar e exigir dedicação dos professores. Precisamos trocar essa cultura da reprovação, mas com avaliação. Paulo Renato reconhece, afinal, a deficiência do ensino no país. Mas não se cansa de dizer que nunca um governo fez tanto pela educação no Brasil.

(...)

Para alguns pais, não importa quem seja o responsável. A verdade é que seus filhos não estão aprendendo. Maria de Lourdes Passos, 42 anos, irmã de um professor da rede pública, diz ter brigado muito numa escola estadual do Grajaú, na periferia da zona sul paulistana, para que seu filho, William, de 10 anos, fosse reprovado. 'Eu segurei o menino em casa para ele repetir a quarta série por faltas. Senão, ele ia continuar sem saber nada'. Até há seis meses, Wiliam não lia nem escrevia. 'Agora, ele melhorou muito e está aprendendo', orgulha-se a mãe” (Gilberto Nascimento, O fracasso de todos nós, *Educação*, ano 27, n. 231, p. 39-40, jul. 2000).

Deveras, em decorrência da existência de um direito natural à livre determinação da família e do malogro da educação tradicional, não só no Brasil, mas em todo o globo, o corpo social vê com bons olhos e anseia por lhe ser dada a

oportunidade de escolher entre a educação tradicional e outros métodos, incluído o da educação em casa, preconizando a correção das inúmeras falhas do maculado sistema atual.

O sistema jurídico pátrio não veda o ensino em casa. A despeito disso, já existe projeto de lei, em trâmite na Câmara Legislativa do Distrito Federal, que propõe disciplinar o assunto.

Na linha dessa exposição, merece ser lembrado o Projeto de Lei n. 1.647/2000, de autoria do Senhor Deputado Distrital Wilson Lima, em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Legislativa do Distrito Federal, que pretende instituir a educação domiciliar no sistema de ensino do Distrito Federal, fixando como requisitos a formação escolar compatível dos pais e disponibilidade de tempo adequada e garantindo a fiscalização, pela escola, do aproveitamento do estudante, tudo sob a administração da Secretaria de Educação do Distrito Federal.

Na justificação do projeto, lembra o nobre deputado que, *verbis*:

“(...) A Lei de Diretrizes e Bases da Educação está aberta a todas as experiências pedagógicas que se propuserem a ampliar as oportunidades de educação para os cidadãos brasileiros, sem distinção de raça, cor ou credo.

Ao se propor, portanto, a criação da educação domiciliar, através deste Projeto de Lei, o que se quer é ampliar ainda mais este leque de oportunidades, criando a alternativa de uma integração da família com a escola e vice-versa, atribuindo a ambos responsabilidade comum na educação de crianças e jovens. Práticas similares vêm sendo desenvolvidas em diversos países, com êxito maior ou menor, devido ao grau de expectativa criado para cada modelo. Nos Estados Unidos, por exemplo, onde há 5 anos 12% da população era a favor da educação domiciliar, a mesma pesquisa realizada recentemente revelou que hoje 47% das famílias são favoráveis ao sistema de ensino domiciliar. A sua aplicação tem apresentado resultados favoráveis também na Alemanha, na Inglaterra, Espanha e na França. Ignorar, portanto, a experiência, seja por preconceito ou em decorrência de algum dispositivo legal específico é manter-se fora do universo das novas tecnologias e da nova pedagogia.

Para se ter uma idéia do que está acontecendo nessa área, na Espanha, onde a frequência à escola é obrigatória até os 16 anos, um tribunal deu sentença favorável a pais que ensinavam em casa ao filho de sete anos. Na Alemanha escola em casa é ilegal, mas várias famílias processadas judicialmente e multadas foram, entretanto, autorizadas a dar continuidade à educação dos filhos domiciliarmente.

Difunde-se, portanto, a cada dia mais a idéia de que o ensino domiciliar não interrompe o processo de educação de crianças e adolescentes. Há problemas, evidentemente, mas também virtudes como a contribuição para evitar que crianças e adolescentes sejam submetidos à violência das ruas, que já se estende às escolas, à influências danosas ao seu desenvolvimento e ao uso de drogas, já que os pais podem protegê-los, acompanhando de perto esses estudantes nas suas atividades.

A grande resistência à educação domiciliar vem de uma corrente de educadores que vê nesse modelo de ensino prejuízos para a sociabilização dos estudantes. Sabe-se, contudo, que também para esse problema vêm sendo realizadas pesquisas e experimentos nos campos da pedagogia, da psicologia e da sociologia com vistas a encontrar novas soluções e alternativas.

Esse projeto traz, portanto, entre outros méritos, o de também ampliar o número de vagas nas escolas, ao estender a educação para dentro dos lares dos estudantes. Amplia-se, com isso, o espaço virtual das escolas e da responsabilidade direta das famílias, tutores e até de professores”.

Com efeito, a par da autorização legal concedida por vários países, são inúmeras as sociedades constituídas para a defesa judicial do chamado *home schooling*. Têm, mesmo, chegado a esta Corte centenas de *emails*, de famílias de várias nacionalidades, em que se pede apoio à causa defendida pelos impetrantes, fatos estes a comprovar a existência de um anseio social para a legitimação desse método educacional que, segundo acima já se salientou, não está, de forma alguma, proibido no Brasil, seja pela Constituição Federal, seja pela Lei de Diretrizes e Bases.

Não se pode, por esse motivo, “condenar” nenhuma família que pretenda, desde que condições para tanto tenha, por amor aos filhos, garantir-lhes a educação de forma alternativa à escola. Pelo contrário, o esforço, que tal empresa demanda dos pais, em benefício unicamente dos filhos, deveria a eles render apenas elogios, tanto da sociedade como do Estado.

Não há, tampouco, como tipificar a conduta dos impetrantes como delito de abandono intelectual. Pelo contrário, o único “crime” que se lhes poderia imputar seria, *in casu*, o “desabandono intelectual”.

O crime de abandono intelectual está tipificado no artigo 246 do Código Penal, que dispõe:

“Artigo 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”

Segundo Celso Delmanto, ao analisar o elemento objetivo do tipo, “deixar de prover tem a significação de não tomar as providências necessárias. Assim, o agente omite-se nas medidas que podem propiciar instrução primária (de 1º grau) de filho em idade escolar. Para a tipificação impõe-se que a conduta seja sem justa causa (elemento normativo)” (*Código Penal comentado*, 3. ed., Renovar, 1991, p. 393).

Damásio Evangelista de Jesus, nessa esteira, assevera que a conduta delituosa “consiste na omissão das providências necessárias para que o filho, dos sete aos catorze anos de idade, receba a instrução de primeiro grau” e esclarece que o crime se consuma “quando o sujeito, após o filho iniciar a idade escolar, deixa de tomar medidas necessárias para que ele receba instrução, por tempo juridicamente relevante” (*Código Penal anotado*, 2. ed. ampl. atual., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 643).

Já Heleno Cláudio Fragoso ensina que o bem jurídico tutelado “através da figura criminosa em questão é o interesse do Estado ‘na instrução a ser ministrada aos menores que constitui aliás, dever jurídico dos pais’” e que se trata “de crime omissivo puro, pois a conduta consiste em ‘deixar de prover a instrução primária, sem justa causa, isto é, em omitir as medidas necessárias para que seja ministrada ao filho instrução de nível primário’” (cf. *Lições de direito penal*, 1984, v. 2, p. 133, apud

Alberto Silva Franco, Rui Stoco, José Silva Júnior, Wilson Ninno, Sebastião Oscar Feltrin, Luiz Carlos Betanho e Vicente Celso da Rocha Guastini, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*, 6. ed. rev. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, t. 2, p. 3.179-3.180).

Como se pode observar pela leitura da inicial do *mandamus*, bem como pelo exame dos demais elementos de convicção reunidos nos autos, a conduta dos impetrantes, ao reverso, é comissiva, pois, diuturnamente, se empenham em prover a educação primária de seus filhos e “a obrigação se cumpre não somente pelo fazer freqüentar o filho escola pública ou particular, como também ministrando em casa o ensino” (cf. Nélson Hungria e Romão Côrtes de Lacerda, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, v. 8, p. 446).

A exigência de freqüência à escola, presente tanto na Constituição como na Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), do mesmo modo, apenas pode ser interpretada de forma a significar a necessidade do comparecimento periódico dos estudantes à escola e não, necessariamente, presença diária no estabelecimento de ensino.

Freqüentar está ligado à idéia de periodicidade. Freqüentar vem de *frequentare* que significa repetição ou reiteração de eventos, fatos, ou acontecimentos. Em nenhum dicionário da língua pátria está escrito que freqüentar significa repetição diária. Convém transcrever, ilustrativamente, as seguintes exposições sobre o sentido dessa palavra:

“Freqüente adj. ‘assíduo, repetido, continuado’ XVII. Do lat. *Frequens-entis* | **freqüência** XVI. Do lat. *Frequentia* | **freqüenci**METRO XX | **freqüentAÇÃO** XVI. Do lat. *Frequentatio-onis* | **freqüentADOR** XVII | **freqüentAR** XVII. Do lat. *frequentare* | **freqüentATIVO** 1813 | **Infreqüência** 1844. Do lat. *infrequentia* | **INfreqüentaADO** 1873 | **Infreqüente** 1844. Do lat. *infrequens-entis*” (cf. Antônio Geraldo da Cunha, *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 368).

“**Freqüentar**, v. a. (do Lat, *frequentare*) Continuar, ir muitas vezes, visitar a miude, conversar com freqüência alguém, alguma casa, lugar, praça, templo:



v.g. um mancebo que frequenta esta cortezã; frequentar a casa de alguém; as igrejas. § Fazer alguma coisa repetidas vezes; é menos que amiudar: ‘frequentar requerimentos com alguém’ B. 4.2.3. ‘frequentar os sacramentos’ i. é, chegar-se a elles muitas vezes. § Concorrer muitas vezes: v.g. o povo frequenta este jardim. (Sò a o u; e em todos os deriv.)” (cf. Antonio de Moraes Silva, *Dicionário da lingua portuguesa*”, 7ª edição melhorada, e muito acrescentada, Lisboa, 1878, v. 2, p. 60).

“FREQUENS, ENTIS. Adj. **Cic.** Frequente, numeroso, ordinário. **Frequens Romæ: Cic.** célebre em Roma. **Via frequens: Ovid.** caminho frequentado ou trilhado. **Frequens auditorium: Cic.** auditório numeroso. **Frequentissimi venerunt mercatores: Cic.** os mercadores vieram em grande número. **Frequens est cum eo: Cic.** está sempre com ele. **Frequentior.** Comp. **Cic.** **Frequentissimus.** Sup. **Cic.**” (cf. Geraldo de Ulhoa Cintra e José Cretela Junior, *Dicionário latino-português*, São Paulo, 1944, p. 451).

“**Freqüentar** Transitivo – Ir com assiduidade a; visitar amiudadas vezes: ‘Êsses que FREQÜENTAM os reais paços.’ (Camões, *Lusíadas*, IX, 27.) | Viver na intimidade de; conviver com: ‘os que me FREQÜENTAVAM, quando na nossa terra havia a estabilidade do lar.’ (Rui, C. *Inglaterra* 290.) | Tratar familiarmente; conversar: ‘Francisco de Castro reverenciava o Bluteau; porque estava habituado a FREQÜENTÁ-LO.’ (Rui, *Réplica*, n. 496.) | Cursar, seguir (aula, disciplina): ‘FREQÜENTANDO o sexto ano, graduou-se em doutor.’ (Aulete.) ‘Ninguém pode submeter-se a exame por mais de três vêzes, continue, ou não, a FREQÜENTAR o ginásio.’ (Rui, Q. *Império*, I, 412.) | Repetir amiudadas vêzes: ‘FREQÜENTAR requerimentos.’ (Moraes.)” (cf. Francisco Fernandes, *Dicionário de verbos e regimes*, Porto Alegre: Globo, 1979, p. 356).

“**Freqüentar** v. (sXV cf. FichIVPM) **1** t.d. visitar com freqüência, ir seguidamente a (algum lugar)/não é de hoje que ele freqüenta a casa da namorada/ **2** t.d. conviver com, viver na intimidade de/ sempre gostou de f. as altas rodas/ **3** t.d. cursar, estudar, seguir (colégio, curso, aula etc.)/ optou por f.



o curso de francês do consulado/ 4 t.d. fig. consultar (livros, periódicos etc.) com certa regularidade/ o seu prazer é f. velhos alfarrábios e dicionários/ 5 t.d. ant. tornar freqüente, repetir amiúde/ f. um hábito, um gesto, uma reflexão/ etim lat. *frequento, as, avi, atum, are* ‘freqüentar, ser assíduo junto a; celebrar, festejar; fazer freqüente, repetir, reiterar; reunir em multidão, acumular, amontoar, povoar, encher’; ver freqüent- ant desfreqüentar hom freqüente (p.s.), freqüentes (p.s.) freqüente (adj. g.) e pl.; freqüentáveis (p. pl.) freqüentáveis (pl. freqüentável [adj. g.]” (Antônio Houaiss, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.390).

“**Freqüentar.** [Do lat. *frequentare*.] **V.t.d. 1.** Ir com freqüência a; visitar amiudadas vezes: ‘Começou a *freqüentar* a casa de Augusta na qualidade de amigo e vizinho.’ (Machado de Assis, *Histórias românticas*, p. 285.) **2.** Conviver com; viver na intimidade de: *freqüentar* o meio artístico; ‘e Onofre foi acusado de receber esmolas das cortesãs, ... de *freqüentar* os pagãos’ (Eça de Queirós, *Últimas páginas*, p. 293). **3.** Consultar ou estudar amiúde: *freqüentar* os dicionários. **4.** Cursar (estabelecimento de ensino): ‘Renan freqüentou os seminários de Issy e de Saint-Sulpice’ (Machado de Assis, *Páginas recolhidas*, p. 143); ‘*freqüentavam* escolas.’ (Antônio Justa, *Praia do desterro*, p. 8). [Pret. imperf. ind.: freqüentava, ...freqüentáveis, freqüentavam; pres. subj.: freqüente, etc. Cf. freqüente, adj., e freqüentáveis, pl. de freqüentável.]” (cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 942).

Ademais, ao se estudar tanto a disciplina constitucional como a regulamentação legal da matéria, fácil é constatar que o requisito da freqüência diz respeito somente aos casos em que a educação é prestada por estabelecimento de ensino diverso da casa do estudante. Ora, se o ensino é ofertado em casa e a criança, obviamente, freqüenta a própria casa, o que se exige é a presença do educando às aulas ou que ele, de fato, assista a aulas. Não há, portanto, no sistema de educação em casa, qualquer semelhança com o ensino a distância, que, com razão, apenas deve ser permitido para períodos mais adiantados.

Convém rememorar, também, o disposto na alínea “c” do inciso II do artigo 24 da Lei de Diretrizes e Bases, que possibilita àquele, que nunca cursou a escola, a classificação em alguma das séries do ensino fundamental “independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino”.

Infere-se, em face disso, que, se a qualquer momento, qualquer cidadão pode ingressar no ensino fundamental, mesmo que não tenha se deslocado um dia sequer à sala de aula, e, por exemplo, ser classificado no último ano, de acordo com a análise do seu grau de desenvolvimento e experiência, nada está a empecer que tal classificação se dê anualmente, bimestralmente, mensalmente ou semanalmente, consoante o regramento de cada instituição de ensino.

Impõe-se considerar, contudo, que o que se está a julgar no caso presente não é o direito de todos os pais a educarem seus filhos em casa, a ser exercido sem limites, mas sim o direito dos impetrantes, que alegam e demonstram possuir condições para a realização dos objetivos constitucionais referentes à educação.

É cediço que em mandado de segurança não cabe dilação probatória. Todos os fatos devem estar documentalmentemente comprovados no momento da impetração, ou seja, com a inicial devem estar presentes os elementos necessários para o exame das provas. Uma vez juntados os documentos, o juízo analisará a existência do direito líquido e certo. E o resultado desse exame será fundamental para a concessão da segurança.

Na espécie, apresentaram os impetrantes documento comprobatório de matrícula em estabelecimento de ensino particular, os boletins das crianças (com médias nunca inferiores a 8), inúmeras provas, comprovação de estarem os educandos cursando tênis, hipismo, música e catequese fora do ambiente familiar, bem como fotografias e declarações de vizinha e professores, tanto das disciplinas em que somente são aplicadas as avaliações quanto daquelas em que há o efetivo comparecimento dos alunos às aulas, no sentido de que seu desenvolvimento individual e social é compatível com o das crianças da mesma idade e, em alguns aspectos, até mesmo superior.

Evidencia-se, portanto, que estão cientes os pais-educadores da perlustração de Aristóteles no sentido de que “quem é incapaz de viver em sociedade, ou não tem necessidade disso, por se bastar a si mesmo, por força tem de ser um animal ou um deus” (*A política*, I, 2, § 14, *apud* Johannes Messer, ob. cit., p. 131). Os impetrantes, como pais, não desejam que seus filhos sejam animais, tampouco são megalomaníacos a ponto de julgar que estão criando deuses.

Dessa forma, comprovada documentalmente a capacidade dos impetrantes para educarem seus filhos em casa e a indispensável socialização das crianças, é admissível a impetração de mandado de segurança, pois “o que se exige é prova preconstituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante” (cf. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13-14) e, isso, *in casu*, ficou sobejamente demonstrado.

Não há, pois, razão de temer que a solução deste caso crie precedentes, uma vez que a sentença compõe litígios para casos concretos. Se outras famílias apresentarem condições iguais ou assemelhadas à família dos impetrantes, ao invés de temer-se o precedente, deve-se enaltecê-lo.

Impende realçar que o importante é o respeito à liberdade de escolha dos pais. Se a eles é dado o direito de escolher entre escolas públicas e particulares, por que privá-los do direito de educar seus próprios filhos, submetendo essa educação às avaliações oficiais de suficiência?

Quer-se também dizer que, se existirem pais mais qualificados do que os impetrantes, a esses não se pode negar, igualmente, o direito de opção, no sentido de enviarem seus filhos à escola, se assim entenderem melhor para a prole.

O fundamental é aceitar-se o princípio do primado da família em tema dessa natureza, mormente em Estado Democrático de Direito, que deve, por excelência, adotar o pluralismo em função da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Levada a obrigatoriedade de imposição da vontade do Estado sobre a dos cidadãos e da família, menos não fora do que copiar modelos fascistas, nazistas ou totalitários.

Vale lembrar, nada obstante, que os educandos devem ser submetidos a freqüentes avaliações para se aquilatar a eficiência do ensino ministrado em casa, de acordo com a discricionariedade da Administração, a qual, de sua parte, não se poderá furtar de seu dever pela simples ausência do requisito da freqüência diária à escola, uma vez que, como acima já se ressaltou, tal requisito é subsidiário e somente se aplica aos casos em que o ensino se dá integralmente na escola.

Tal aferição, contudo, levará em conta apenas o currículo mínimo exigido pelo Estado, que, dessarte, também se não poderá opor a que a esse currículo se acrescentem outras matérias e conhecimentos.

Diante do exposto, ousou discordar dos nobres votos já proferidos, para conceder a ordem.

É como voto.

MINISTRO FRANCIULLI NETTO

Brasília, 14 de novembro de 2001

### **Voto-Vista**

A Excelentíssimo Senhora Ministra Laurita Vaz:

Em apertada síntese, trata-se de Mandado de Segurança impetrado por pais que pretendem a tutela jurisdicional do Estado para garantir-lhes o alegado direito líquido e certo de educarem em casa seus filhos menores, afastando a obrigatoriedade do comparecimento regular ao estabelecimento de ensino fundamental, onde iriam apenas para submeterem-se, juntamente com os demais alunos, às avaliações periódicas.

Antes mesmo de apresentar minha convicção como magistrada, não poderia deixar de tecer breves comentários acerca da iniciativa dos impetrantes, pais.

Sem qualquer intenção de criticar o sistema sócio-econômico que tem prevalecido, o fato é que o ritmo hodierno de vida tem trazido como consequência insofismável a diminuição do tempo de convivência familiar, o que praticamente obriga os pais a confiarem boa parte de seus deveres para com os filhos a terceiros.

E sem perder de vista essa realidade da chamada era da modernidade, é digna de elogios a iniciativa desses Pais, que lutam para ter sua prole mais próxima, numa demonstração clara de amor, carinho e dedicação, transpondo as barreiras de um estilo de vida em que o tempo é escasso.

Não poderia, pois, deixar de consignar a minha admiração e prestar reverências a esses Pais tão valorosos e ciosos de seus deveres.

Contudo, não posso me permitir olvidar da função em que estou investida, qual seja, a de Juíza. E como tal, meu dever é de dirimir as querelas, aplicando a Legislação vigente.

Boa ou ruim, adequada ou inadequada, retrógrada ou progressista, oportuna ou inoportuna, é a *Lei vigente*, elaborada, discutida, votada, aprovada e sancionada por legítimos representantes do povo, democraticamente eleitos, *que deve disciplinar a vida em sociedade*. É o nosso sistema, que pode não ser o ideal, mas é o que temos.

Ao magistrado cabe dizer o direito. A margem de atuação do Juiz no exercício da função jurisdicional é, evidentemente, adstrita às balizas estabelecidas pelo próprio Ordenamento Jurídico. Por mais que, por exemplo, por convicções morais e religiosas, um Juiz não concorde com o aborto legal (hipóteses previstas no art. 128 do Código Penal), não poderá, verificada a hipótese, considerar a conduta ilícita, muito menos condenar o agente.

Adotamos o sistema tripartite de poderes. São independentes e harmônicos entre si, consoante o Texto Constitucional. Não é dado a nenhum deles invadir a área de atuação do outro. E, portanto, não cabe ao Poder Judiciário, ao decidir as questões a ele submetidas, apresentar soluções que extrapolem os limites legais. O significado do *justo* para as decisões judiciais deve encontrar respaldo no Ordenamento Jurídico.

Portanto, vale ressaltar, o fórum adequado para se discutir a justeza de tal ou qual determinação legal é o Parlamento, não o Judiciário.

Destarte, feitos esses breves comentários iniciais, passo a dirigir o enfoque para o caso concreto.

Quando se busca a tutela jurisdicional do Estado-juiz, deve-se fazê-lo em consonância com as normas legais objetivas e processuais vigente.

Na hipótese em testilha, a via escolhida foi o mandado de segurança, uma ação civil de rito sumário especial. Com já asseverou o eminente Relator Ministro Peçanha Martins, o mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, aferível de plano, posto em posição antagônica ao ato impugnado. E é exatamente por isso que não se admite dilação probatória ou incursões tais na seara legal que suscitem dúvidas ou divergências flagrantes quanto à existência do direito alegado.

Com efeito, verifica-se claramente o desatendimento aos requisitos elementares do *mandamus*, porquanto, *in casu*, não só inexistente direito líquido e certo, como a Lei determina expressamente o contrário do pretendido.

Reza a Constituição Federal, *in verbis*:

“Artigo 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - *ensino fundamental obrigatório* e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

[...]

§ 2º - *Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.*”

A propósito do que dispõe o citado dispositivo constitucional considero relevante citar trecho do Parecer impugnado:

“Verifica-se, assim que a Constituição Federal aponta nitidamente para a obrigatoriedade da presença do aluno na escola, em especial na faixa de escolarização obrigatória (7 a 14 anos), instituindo para o Poder Público a obrigação de recensear, fazer a chamada escolar e zelar para que os pais se responsabilizem pela ‘freqüência à escola’.” (fl. 38).

No mesmo diapasão, dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 10.287, de 20 de setembro de 2001), *litteris*:

“Artigo 5º - *O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária,*

*organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigí-lo.*

§ 1º - *Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União:*

(...)

*III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.*

(...)

Artigo 24 - *A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:*

*I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver;*

(...)

*VI - o controle de freqüência fica a cargo da escola, conforme disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a freqüência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação;”*

Resta indubitável a exigência da Lei da freqüência escolar como fator organizacional do sistema de educação. Esse aspecto foi bem delineado no Parecer denegatório da pretensão – Parecer n. 34/2000 da Câmara de Ensino Básico do Conselho Nacional de Educação – CEB/CNE.

Com efeito, a Lei n. 9.394/96 (LDB), além de determinar que o ensino fundamental seja presencial na escola (art. 32, §4º), ainda exige um mínimo de 75% de freqüência para aprovação (art. 24, inc. VI).

Assim, bem ou mal, com acerto ou desacerto, o fato é que há disposição legal expressa (constitucional e infraconstitucional) determinando a freqüência obrigatória, inclusive com a estipulação de carga horária mínima a ser cumprida pela escola, bem como com a imposição de limite de faltas para aprovação.

Como, então, proclamar a liquidez e certeza do direito dos autores, se há perfeita compatibilidade entre o sistema constitucional e o legal, no que diz respeito à exigência da frequência escolar?

De outro lado, não poderia me esquivar de apresentar alguns argumentos, agora não mais jurídicos, mas de natureza político-educacional, em prol do atual sistema. E me arrisco a fazê-lo apenas como cidadã, mãe e com alguma experiência de alguém que já foi professora, diretora e secretária geral de escolas de 1º e 2º graus, e ainda hoje exerce o magistério como professora universitária.

Educar é um processo bastante complexo. E, portanto, não pode ser encarado sob uma perspectiva singular, restrita. Há nesse processo pressupostos éticos, políticos, e pedagógicos a serem observados, tendo em vista o objetivo que se pretende atingir ao final.

Vivemos em um mundo onde o indivíduo, para ter uma participação crítica e coerente, capaz de interferir com discernimento nos rumos da sociedade e decidir o seu próprio destino, precisa interagir com ele. E só assim se cresce.

A Escola, com diretrizes traçadas pelo Estado, refletindo a cultura e os interesses da sociedade que representa, é uma das Instituições mais importantes para firmar os pilares fundamentais, os princípios balizadores para a formação do indivíduo, do cidadão.

E essa formação não se restringe aos aspectos formais de conteúdos previamente estabelecidos. É mais que isso. O ambiente escolar possibilita o convívio com o diferente, com o igual, com o parecido, com o desconhecido. Aprende-se o significado da palavra participação. O aluno não é um mero receptor passivo, ao revés, é provocado a interagir, a opinar, a concordar ou discordar. Aprende-se o significado da palavra cidadão, do que é cidadania.

Cumprе ressaltar que o papel da família nesse processo, por certo, é fundamental e imprescindível. É uma preciosa fonte de referências. A família, não só pode, deve engajar-se na formação do indivíduo. O que não quer dizer que seja capaz de, sozinha, suprir todos os flancos.



Não creio que restringir o processo, limitando os filhos às experiências dos pais, por melhor e mais bem intencionados que sejam, venha a ser uma boa opção.

De qualquer sorte, voltando às fronteiras do processo judicial, pelas razões já expostas, com a vênua do eminente Colega que, com substanciosas razões, demonstrou porque pensa de forma diversa, não vejo como conceder a segurança pleiteada.

Acompanho o voto do eminente Relator, denegando a segurança.

MINISTRA LAURITA VAZ

Brasília, 27 de fevereiro de 2002

### **Voto-Vista**

O Excelentíssimo Senhor Ministro Paulo Medina:

A impetração volta-se contra ato do Ministro da Educação que, homologando parecer exarado pela Câmara de Ensino Básico do Conselho Nacional de Educação – CEB/CNE, negou aos impetrantes o direito de ministrarem a educação fundamental aos filhos, no recesso do lar, sem necessidade de frequência à escola regular.

O eminente Ministro Relator entendeu descabida a pretensão dos impetrantes, reputando inexistente o alegado direito líquido e certo, por ausência de norma legal expressa. O posicionamento foi acompanhado pelos Ministros Humberto Gomes de Barros, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Garcia Vieira e Laurita Vaz, o primeiro e a última apresentando declaração de voto.

O Ministro Franciulli Netto manifestou entendimento divergente, fixando a correlação entre as disposições constitucionais e legais sobre o *direito à educação* com os *direitos de liberdade*, nestes açambarcados os direitos de livre organização da família e livre desenvolvimento da personalidade.

Assentou o eminente Ministro *a precedência da família ao Estado*, especialmente no que concerne à liberdade de escolha da forma de educação de seus filhos; a *compatibilidade, com o ordenamento jurídico pátrio, de todos os métodos de ensino* que proporcionem o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, *caput* da CF); bem

como a consagração do direito à educação, com *liberdade de aprendizado, respeitada a faculdade do indivíduo de se educar segundo a própria determinação*.

Procedeu, outrossim, à exegese dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes ao caso. Vê-se que o Culto Relator, a quem admiro e expresso minha amizade, firmou visão técnico – jurídica praticamente intransponível. Lado outro, o Ministro Franciulli Netto, a quem testemunho igual admiração e estima, buscou na largueza do seu pensamento, defender idéias controvertidas em face da magnitude dos direitos.

Quanto a mim, nada mais teria a acrescentar, bastando fixar-me numa das interpretações dispostas ao debate. Todavia, prefiro aos rumos seguros do direito, incorporar-me em sensibilidade às incertezas dos atribulados caminhos da vida.

Permita-me, portanto, a Turma, expor minha participação, fazendo-o em voto-síntese.

Buscando melhor sistematização, vale relembrar a dicção dos dispositivos constitucionais tratados. Transcrevo:

“Artigo 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Artigo 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

II - *liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;*

III - *pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (...)*

Artigo 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

(...)

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3 - *Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.*

Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Artigo 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Alguns destes dispositivos serviram de fundamentação tanto à posição majoritária, pela denegação da pretensão, quanto à divergência. Interpretando-os, especificamente os artigos 205 e 208, parágrafo 3º, o eminente Relator reputou inexistente norma assecuratória do direito dos impetrantes de educarem os filhos em casa, sem necessidade de freqüência à escola regular, afirmando a impossibilidade de suprimimento da lacuna legislativa, posto não haver regulamentação do método educacional alternativo, pelo Poder Judiciário.

Observe, no entanto, em consonância com a exposição do Ministro Franciulli Netto, que as normas constitucionais mencionadas implicam conclusão contrária.

Com efeito, a Constituição erige, como diretriz do sistema educacional, o *princípio da liberdade*, traduzido na “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (inc. II, art. 206), em especificação à garantia genérica da liberdade, assegurada no *caput* do artigo 5º. Aliada à liberdade, o ordenamento constitucional assegura a coexistência ou *pluralismo de idéias e de*

*concepções pedagógicas e de instituições públicas e privadas de ensino* (inc. III, art. 206).

Dessa forma, a interpretação das normas constitucionais relativas à educação deve ser pautada pelo referido princípio, sendo vedada a extração de conclusão que importe contrariedade ao mesmo.

Geraldo Ataliba, em seu *República e Constituição*, obra de referência obrigatória, aponta o papel determinante dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação e eficácia das demais regras. Apoiado em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, consignou o autor:

“Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

*(...) qualquer disposição, qualquer regra jurídica (...) para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio (...) realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”* (Ataliba, *República e Constituição*, São Paulo: Malheiros, 1998, p.34/35).

Como ressaltado, a Constituição assegura a liberdade de aprendizagem e ensino, não elegendo concepção pedagógica exclusiva.

Estabelece a Carta Magna, por outro lado, a *tarefa estatal* de *zelar* junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola dos educandos no ensino fundamental.

Zelar, em conformidade com os léxicos, significa “administrar diligentemente, tomar conta de (algo) com o máximo cuidado e interesse”, “cuidar”, “velar”, “proteger” ou “vigiar”. A afirmação permite inferir que o termo “zelar”, no dispositivo constitucional, deve ser tomado como um dever estatal de diligenciar e propiciar os meios e condições aos administrados, especificamente os pais e educandos, para que estes últimos possam frequentar a escola.

A norma contida no parágrafo 3º do artigo 208, nesse diapasão, não pode ser entendida, em hipótese alguma, como *obrigatoriedade ou exigência* inafastável de frequência dos menores às aulas da escola regular, senão que o Estado deve propiciar os meios e incentivar essa frequência, pena de ofensa às liberdades consagradas.

A Constituição não erige, no que concerne à educação, restrição expressa ao direito fundamental de liberdade, especificamente a liberdade de aprendizado, o que significa “que tem o indivíduo a faculdade de se educar segundo a própria determinação, desde que o método escolhido proporcione seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, como bem apontado pelo Ministro Franciulli Netto.

Se o método escolhido prescinde da frequência à escola regular e, não obstante, alcança os fins fixados na norma, é válido e está em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.

A legislação infraconstitucional sobre a matéria, por seu turno, deve ser interpretada em conformidade com a disciplina constitucional assentada. Assim, a exegese das disposições da Lei de Diretrizes e Bases deve ter em conta a defesa do direito à educação, ressalvada, sempre, a liberdade de aprendizado.

Em conformidade com o exposto, as exigências contidas na lei federal, tais como a de frequência mínima de 75% do total das horas letivas ministradas (inc. VI, do art. 24, da Lei 9.394/96), só podem ser consideradas em relação à educação

tradicional, sendo essa, aliás, a modalidade de ensino cuja disciplina legal se dirige, nos expressos termos de seu parágrafo 1º, do artigo 1º (“Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias”).

A conclusão é a única possível diante da regra essencial da *interpretação conforme a Constituição*, que impõe a exclusão de exegese que contravenha a Carta Magna.

Canotilho e Vital Moreira bem apontam a conotação que tal regra interpretativa tem em relação aos direitos fundamentais:

“Uma das regras essenciais da interpretação das normas infraconstitucionais é a interpretação conforme à Constituição (cfr. Supra, Cap. I, 2.3.3.).

No campo dos direitos fundamentais tal regra quer dizer, interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Significa isto que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior protecção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau. No caso dos direitos de liberdade, esta regra equivale, em certo sentido, ao velho princípio *in dubio pro libertate*; no caso dos direitos sociais, traduz-se em eleger a interpretação que em maior medida e para mais pessoas lhes der satisfação.” (*Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 143).

A adequada solução da controvérsia posta nos autos deve pautar-se, outrossim, pelos preciosos indicativos fornecidos pela doutrina do princípio da subsidiariedade.

O referido princípio aponta no sentido da *valorização da liberdade individual*, não nos moldes imperantes na época do Liberalismo, mas uma liberdade *responsável* e condicionada pelo *bem comum*. Tem-se que os indivíduos (e as sociedades menores), por sua iniciativa e indústria, devem buscar a realização de seus fins e do bem comum, devendo agir com liberdade, desde que não prejudiquem o bem geral e os demais.

Nesse contexto, o Estado deve respeitar os indivíduos e as sociedades intermediárias no exercício dos seus direitos, no cumprimento dos seus deveres e obrigações, sem suplantá-los ou fazer as suas vezes, a menos que isso se faça

necessário por circunstâncias excepcionais. Visa-se com isso ao desenvolvimento das potencialidades e do exercício efetivo da liberdade, com a assunção das correspondentes responsabilidades, por parte das sociedades menores e dos indivíduos.

Incumbe ao Estado criar condições para que o indivíduo, *pessoalmente*, alcance a realização de seus fins.

Consequência do exposto é que o princípio da subsidiariedade aponta, como ressaltado pelo Ministro Franciulli Netto, pela *precedência da família ao Estado, especialmente no que concerne à liberdade de escolha da forma de educação dos filhos*.

Implicações do princípio da subsidiariedade (embora não explicitamente referido na Constituição Federal de 1988), podem ser visualizadas, na consagração da família como base da sociedade (art. 226) e na gradação do artigo 227, que erige a educação como dever da família, em primeiro lugar, secundada pela sociedade e pelo Estado.

A função de educar compete à família. Ao Estado reserva-se a missão de tutela e ajuda na consecução deste direito-dever.

Na força do texto ainda corroborado por Fernando Cintra Pimentel assevera-se:

“No que tange à educação, o Estado tem, como um dever originário, exigir e possibilitar a todos os cidadãos um certo grau de instrução e até um conhecimento adequado das instituições do país. Mas que o Estado deva dar atenção especial à educação não significa que ele próprio deva exercer, por si próprio, a função educativa.

Na atual situação percebe-se que o Estado pode não só subsidiar como suprir. A única atuação incompatível, em si mesma, com a liberdade é o monopólio estatal do ensino, *uma vez que em se tratando de educação o dever é, pela ordem, da família, das sociedades intermediárias e do Estado.*” (CINTRA, Fernando Pimentel. *O princípio da subsidiariedade no direito administrativo*. Dissertação - Faculdade de Direito de São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993, p. 76).

Cumprindo a família, de forma excelente, como comprovado no caso dos autos, a obrigação de prover à educação dos filhos, afasta-se a necessidade da interferência comissiva do Estado, que deve se limitar à fiscalização das atividades dessa entidade social, para garantia da efetivação dos fins constitucionalmente fixados, isto é, “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Posto isso, invocando novamente as razões contidas no mediterrâneo e aprofundado voto do Ministro Franciulli Netto, acompanho-o na divergência e concedo a ordem.

MINISTRO PAULO MEDINA



## **ANEXO 3 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 436.996/SP**

Recurso Extraordinário n. 436996/SP

Relator: Ministro Celso de Mello

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Município de Santo André

Advogado: João Luiz de Siqueira Queiroz e outro(a/s)

### **Ementa**

Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente



discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios “que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil” (CF, art. 211, § 2º) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à *reserva do possível*. Doutrina.

### **Decisão**

O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 189):

“EMBARGOS INFRINGENTES – Ação civil pública, objetivando matrícula de criança em creche municipal. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da Administração. Embargos rejeitados.”

A parte recorrente sustenta que o acórdão ora impugnado teria transgredido os preceitos inscritos nos artigos 208, IV, 211, parágrafo 2º, e 227, todos da Constituição da República.

O exame da presente causa convence-me da inteira correção dos fundamentos, que, invocados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, informam e dão consistência ao recurso extraordinário ora em julgamento.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (*RTJ* 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV).

O eminente Pinto Ferreira (Educação e constituinte, *Revista de Informação Legislativa*, v. 92, p. 171-173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível:

“O direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.”

Para Celso Lafer (*A reconstrução dos direitos humanos*, Companhia de Letras, 1988, p. 127 e 130-131), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração – exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:

”(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...).”

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, “obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência” (Wilson Donizeti Liberati, Conteúdo material do direito à educação escolar, in *Direito à educação: uma questão de justiça*, Malheiros, 2004, p. 236-238, item n. 3.5), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário.

Cabe referir, neste ponto, a observação de Pinto Ferreira (Educação e constituinte, *Revista de Informação Legislativa*, v. 92, p. 171-173), quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

“O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...).”

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola –, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Ao julgar a ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, proferi decisão assim ementada (*Informativo STF* 345/2004):

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).”

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e

culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (*RTJ* 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (*RTJ* 175/1.212-1.213, Rel. Min. Celso de Mello), o Supremo Tribunal Federal:

“Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

(...)

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que,

mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno)

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello (*Informativo STF* n. 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 207, item n. 5), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à *reserva do possível* (Stephen Holmes; Cass R. Sunstein, *The cost of rights*, New York: Norton, 1999; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, Renovar, 2002, p. 245-246), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se

poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* 345/2004).

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da *reserva do possível* – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta observação de Regina Maria Fonseca Muniz (*O direito à educação*, Renovar, 2002, p. 92, item n. 3), cuja abordagem do tema – após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana – põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação”.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de



conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada Maria Cristina de Brito Lima, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (*A educação como direito fundamental*, Lumen Juris, 2003).

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, ilustre Procuradora Regional da República (*Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, Max Limonad, 2000, p. 59, 95 e 97), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

(...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

(...)

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o

mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.”

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, seja em face das considerações que expendeu no presente recurso extraordinário, seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões, sobre o tema em análise, já proferidas no âmbito desta Suprema Corte (AI n. 455.802/SP, rel. Min. Marco Aurélio; AI n. 475.571/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE n. 401.673/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE n. 411.518/SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

Cumprе destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurélio (RE n. 431.773/SP), no sentido de que “conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa”.

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (Ana Maria Moreira Marchesan, O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa, *RT* 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos

públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no artigo 208, IV da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV).

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância (fls. 73 a 76).

Publique-se.

Brasília, 26 de outubro de 2005.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator